

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
SECONDS MARIAGES

« No longer mourn for me when I am dead,
Than you shall hear the surly sullen bell
Give warning to the world that I am fled
From this vile world, with vilest worms to dwell »

Shakespeare's sonnets.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le jeudi 13 février 1908, à 2 heures 1/2

PAR

LOUIS CASTAN

Président : M. MASSIGLI.

Suffragants : { MM. PLANIOL, professeur.
A. COLIN, professeur.

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
SECONDS MARIAGES

« No longer mourn for me when I am dead,
Than you shall hear the surly sullen bell
Give warning to the world that I am fled
From this vile world, with vilest worms to dwell »

Shakespeare's sonnets.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le jeudi 13 février 1908, à 2 heures 1/2

PAR

LOUIS CASTAN

Président: M. MASSIGLI.

Suffragants: { MM. PLANIOL, professeur.
A. COLIN, professeur.



PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1908

Digitized by the Internet Archive
in 2026

DES SECONDS MARIAGES

INTRODUCTION

Il ne faut pas prendre à la lettre l'expression « second mariage » : nos théologiens du moyen âge avaient déjà remarqué qu'elle désignait tout aussi bien les troisième, quatrième..... n'importe quel mariage après le premier.

Ces unions nous intéressent à plusieurs points de vue :

Historiquement, une longue évolution de la législation sur ce sujet nous permet de les envisager sous des aspects bien différents. Tantôt, dans l'intention louable d'accroître la population, le législateur a poussé ses justiciables vers les unions répétées et, parfois même, les y a contraints ; tantôt, partant de conceptions morales ou religieuses, il s'est efforcé de les restreindre, sans aller toutefois jusqu'à les prohiber.

Pratiquement, nous devons examiner :

- 1° Les restrictions qui existent à l'heure actuelle ;
 - 2° Les déchéances qui frappent l'époux qui se remarie ;
 - 3° Enfin, la protection des enfants du premier lit.
- Tel sera le plan de notre étude.

A mesure que le divorce pénètre dans nos mœurs — on sait avec quelle rapidité ! — il semble que ces questions doivent tous les jours gagner en importance. En 1904, l'âge moyen des époux divorcés était de 38 ans 10 mois pour les hommes, et 34 ans 4 mois pour les femmes. A cette époque de la vie, il est temps encore d'établir un nouveau foyer. De fait, la nuptialité des gens divorcés est très élevée. Le motif en serait, d'après certains, que beaucoup de personnes divorceraient moins par nécessité de rompre une union intolérable, que par désir d'en inaugurer de nouvelles (1). Nous ne voulons pas le croire, mais, quoi qu'il en soit, tenons pour certain que la loi doit favoriser toutes les tendances matrimoniales, dans le but de relever notre faible natalité. Il n'en est pas ainsi, malheureusement.

Dans les développements qui vont suivre, nous supposerons que le premier mariage a réellement été dissous. « On ne peut contracter un second mariage avant la dissolution du premier » (art. 147, C. civ.). En 1803, cela ne valait guère la peine d'être dit. La polyandrie est une curiosité historique ; quant à la polygamie, qui a longtemps existé chez les races aryennes, son procès n'est plus à faire : elle est tout à fait étrangère à notre civilisation européenne. Rome la frappait d'infamie, l'Église la prohibait. César et Tacite nous apprennent qu'elle était permise chez les Gaulois et les Germains ;

(1) G. Bonjean, *Enfants révoltés et parents coupables*, p. 133.

seuls les chefs la pratiquaient pour témoigner de leur puissance et de leurs richesses. On cite des rois de la première race qui eurent plusieurs femmes ; les érudits ont pu découvrir, en plein moyen âge, des traces de cette institution qui semble le lot des civilisations peu avancées, dans le Bigorre, peut-être à Marseille, voisine de l'Orient. Le concile de Trente (sess. 24, can. 2) crut encore utile de prononcer contre elle l'anathème, mais, en France tout au moins, elle n'avait pu résister au puissant courant des idées latines. Aujourd'hui, nous la tolérons, dans nos colonies et protectorats, chez nos sujets musulmans. Ce cas excepté, le second mariage contracté avant la dissolution du premier est radicalement nul, et, s'il a été contracté de mauvaise foi, l'époux bigame a commis un crime puni des travaux forcés à temps (C. pén., art. 340) (1). Les exemples en deviendront de

(1) M. Paul Margueritte, qui n'a pas peu contribué à émouvoir l'opinion publique lors du vote des dernières lois sur le mariage, posait cette question dans un article récent : « La bigamie vaut-elle les travaux forcés à temps, quand l'adultère n'est qu'à vingt-cinq francs et le plus souvent à rien du tout ? » Ce rapprochement permet seulement de regretter que l'adultère soit tombé à un taux aussi bas, et échappe bien souvent à toute pénalité, mais la bigamie elle-même n'est pas souvent frappée de la peine maxima. Au surplus, les deux situations ne sont pas entièrement identiques : le bigame trompe généralement une ou plusieurs victimes de bonne foi ; dans l'adultère il est difficile de voir autre chose que deux coupables qui connaissent bien ce qu'ils font et personne n'est leurré par l'apparence de la légalité. Quant à proposer la bigamie comme remède à certaines situations extra-conjugales, ce serait renouveler l'aventure du divorce. Lui aussi on ne l'introduisit que comme un mal nécessaire, auquel on ne devait recourir que dans les cas extrêmes. N'a-t-il vraiment servi qu'à cela ? Du reste, pour que la question se po-

plus en plus rares par la stricte application de la loi du 17 août 1897, qui ordonne qu'il soit fait mention de la célébration du mariage en marge de l'acte de naissance des deux époux (art. 2). Ainsi l'officier de l'état civil, à qui l'on doit présenter un extrait de l'acte de naissance, se rendra facilement compte de l'existence d'un lien antérieur et refusera de se rendre complice du crime de bigamie. Les actions en nullité devront donc être jugées, le cas échéant, avant de procéder à la seconde célébration. Resterà le cas des mariages célébrés à l'étranger dans les formes usitées dans le pays. On fera bien de ne pas s'engager dans les liens d'une nouvelle union avant de les avoir fait déclarer nuls, s'il y a lieu, sous peine de voir casser la seconde union. La jurisprudence, en effet, sauf le cas où ils ont été contractés en fraude de la loi française, tient ces mariages pour valables et avec juste raison : il deviendrait trop facile pour les Français de briser par pur caprice la foi qu'ils auraient jurée en son pays à une étrangère.

Nous ne nous occuperons pas davantage du conjoint

sât avec une acuité telle qu'il devînt nécessaire de l'envisager, il faudrait admettre ce dont le roman et le théâtre tendent à nous persuader : que le mariage moderne n'est plus qu'une « monogamie tempérée par l'adultère ». En sommes-nous arrivés là ?

On doit s'étonner de voir la polygamie recommandée par un écrivain qui a souvent défendu les droits de la femme. Dans tous les pays où elle est pratiquée les épouses sont nécessairement tenues dans un état de servitude. Ne serait-ce pas plutôt un moyen, comme disait déjà Hume, de nous délivrer de l'esclavage que la violence de nos passions nous fait subir au profit des femmes (*Essay* XIX).

de l'*absent*, dont la situation est bien digne de pitié. Comme l'absence, d'après notre Code, ne se termine jamais que par la certitude acquise de la mort ou de l'existence de l'absent, son conjoint se trouve condamné à une sorte de viduité qui peut durer toujours. Devrait-on l'autoriser à contracter un nouveau mariage après un certain nombre d'années, passé lesquelles l'absent serait présumé mort ? D'autres législations l'ont fait et le procédé paraît de moins en moins dangereux à mesure que nos moyens d'information se développent. L'histoire du fameux Jean Maillard, qui se présenta à sa femme remariée après quarante ans d'absence (arrêt du 4 août 1674) n'est pas près de se reproduire. Si un individu n'envoie pas de ses nouvelles à sa famille pendant de longues années, il y a les plus grandes chances aujourd'hui pour qu'il soit décédé ou s'obstine volontairement dans un silence coupable. Dès lors, ne pourrait-on pas, dans certains cas, accueillir favorablement une demande en divorce basée sur l'abandon du domicile conjugal ? Le fait de demeurer longtemps sans s'inquiéter de la santé de son conjoint ne rentre-t-il pas aussi dans la notion élastique de l'injure grave ?

D'autre part si l'époux délaissé parvient, malgré la loi de 1897 précitée, à se remarier, l'article 139 du Code civil n'accorde le droit de demander la nullité de ce second mariage qu'à l'absent lui-même. De sorte que s'il ne reparait jamais cette union devra être considérée comme parfaitement valable puisque personne ne pourra la contester.

Notons qu'à l'époque de la confection du Code civil, un acte de décès ne pouvant être dressé qu'après l'examen du corps du décédé, l'époux de celui dont on n'avait pu retrouver le cadavre se trouvait dans la même situation que le conjoint de l'absent, puisqu'il lui était impossible d'apporter la preuve de sa viduité. Ces cas de quasi-absence ont été singulièrement restreints par un décret du 3 janvier 1813 sur l'exploitation des mines qui, dans son article 19, s'occupe de l'impossibilité de parvenir jusqu'au lieu où se trouvent les corps des ouvriers qui auraient péri dans un accident, et par la loi du 8 juin 1893, qui permet aux tribunaux de rendre des jugements déclaratifs de décès, après enquête administrative, dans les hypothèses intéressantes des disparus en mer et des militaires et marins disparus dans les pays d'outre-mer. En attendant une réforme de portée générale, la jurisprudence rend aussi des jugements à autorité relative pour des cas qui n'ont pas été spécialement visés par le législateur.

HISTORIQUE

SECTION I. — Droit romain.

Remontons au droit romain, qui, sur ce point comme sur tant d'autres, a exercé une influence décisive sur notre législation.

Il semble bien qu'à l'origine les seconds mariages n'aient subi, à Rome, d'autre restriction que le délai de dix mois imposé à la veuve par la coutume et la religion pour pleurer son premier mari et qui n'était sanctionné que par un sacrifice expiatoire (Plutarque : *Numa*, 12). Ce délai de convenance passa dans l'édit du préteur, frappant des peines de l'infamie tous ceux qui se trouvaient responsables de ces unions précipitées (F. VI. 3). L'idée d'empêcher une confusion de part s'y fait déjà jour : ce délai est aussi imposé à la veuve du criminel dont le deuil ne doit pas être observé (D. 3. 2. *De his qui not. inf.* 11.1). Il ne fut cependant pas étendu au cas de divorce ; probablement parce que jusqu'au début du vi^e siècle ils durent être bien peu nombreux, quoique permis depuis la plus haute antiquité (Cicéron, *de oratore*, I. 40). La façon dont les anciens historiens nous ont présenté le divorce de Sp. Carvilius Ruga, peut servir à le démontrer. On sait, au contraire, l'abus qui en fut fait à la fin de la République et au début de l'Empire. « Il s'est à peine écoulé

trente jours, pas davantage, dit Martial, et déjà Thelesilla en est à son dixième époux. Se marier aussi souvent n'est pas se marier, c'est pratiquer légalement l'adultère. Une débauche tout unie serait beaucoup moins offensante » (Sat. VI. 7). Rien ne mettait obstacle à ces unions : l'alliance, même en ligne directe, ne paraît pas avoir été un empêchement, puisque Cicéron nous dit que son client Cluentius avait épousé sa belle-mère (*Pro Cluentio*, 5.14).

Vint la loi *julia de adulteriis et defundo dotali*, promulguée par Auguste en 736 ab. U. C., d'après laquelle la femme adultère, outre la confiscation de la moitié de sa dot et du tiers de ses autres biens, devait être condamnée à la relégation, ce qui ne lui permettait plus de se remarier, de contracter des *justae nuptiae* s'entend, car elle pouvait se réfugier dans le concubinat. Le mari devait la répudier sous peine d'être poursuivi comme *læno*, et, après 60 jours, si le mari n'agissait pas pour obtenir la condamnation, l'action était aux mains de tout le monde. C'était une peine d'autant plus rigoureuse que le délit était plus fréquent, plus impardonnable et la sanction peu appliquée. Les empereurs suivants seront obligés de repromulguer de temps à autre cette loi, qui retombera aussitôt dans l'oubli (1).

(1) On rattache généralement à cette loi l'interdiction faite à la femme adultère d'épouser son complice en argumentant d'un texte de Paul rapporté au Digeste sous le titre : *ad legem Juliam de adulteriis* (D. 48.5.40). Quoique les références historiques des compilateurs ne soient pas toujours sûres, on n'a pas, en l'espèce, d'éléments sérieux pour suspecter leur exactitude. Il faut sans doute admettre

Auguste ne tenait pas pour cela à restreindre les seconds mariages, loin de là, il voulait seulement rétablir les vieilles mœurs, mais sa pensée la plus chère était de reconstituer les grandes familles qui avaient disparu dans les guerres civiles et d'accroître la population ingénue, perdue dans la foule grossissante des étrangers et des affranchis. Aussi cette même loi interdisait-elle au mari d'aliéner le fonds dotal sans le consentement de sa femme, afin que cette dernière pût le conserver et trouver plus facilement dans la suite à se remarier. Ce furent les débuts de l'inaliénabilité dotale.

Cette même année, ce prince promulgua la première des fameuses lois caducaires, la loi *Julia de marilandis ordinibus*, célébrée par Horace, célibataire endurci. Le système en fut complété, en 762, par la loi *Papia Poppæa* : les hommes de 25 à 60 ans, les femmes de 20 à 50 devaient vivre en état de mariage et avoir, les hommes au moins un enfant légitime, les femmes au moins trois enfants si elles étaient ingénues, quatre si elles étaient affranchies, sinon ils étaient frappés d'incapacité totale ou partielle de recevoir par testament. Un fragment d'Ulpien (Reg. tit. XIV) nous apprend que la loi Julia avait accordé à

que la femme condamnée pouvait de quelque manière échapper aux peines portées par les lois. La nouvelle 134, dans laquelle nous retrouverons cette prohibition, le dit expressément. Mais ce dernier texte n'était sûrement pas une innovation législative, car, outre la réponse de Paul que l'on ne saurait écarter, il paraît bien que cette disposition était universellement admise en Occident à une époque où la législation de Justinien était pratiquement inconnue et probablement bien avant le vi^e siècle.

la femme pour se remarier un délai d'un an à compter de la mort du premier mari, et de six mois à compter du divorce, mais que la loi Papia porta ce délai à deux ans pour le premier cas et à un an et demi pour le second. Ces prescriptions, avec quelques légers changements ne devaient disparaître qu'avec l'empire chrétien.

Cependant, vers le début du principat, le mariage est interdit avec les alliés en ligne directe (Gaius, I, 63). Plus tard un sénatus-consulte Plancien, antérieur à la mort d'Hadrien, vint prescrire à la femme qui se croyait enceinte l'obligation de dénoncer, à l'époque du divorce, sa grossesse au mari. Celui-ci pouvait mettre en mouvement un certain nombre de sages-femmes et de gardiens pour vérifier l'exactitude du fait et surveiller l'accouchement (D. 25.3. *De agn. lib.*, 1). On évitait ainsi les confusions de part sans étendre au divorce le délai de viduité.

Mais, avec la reconnaissance de plus en plus large de la parenté naturelle dans les successions, une nouvelle préoccupation allait s'emparer du législateur. Le sénatus-consulte Trébellien avait accordé à la mère le droit de succéder à ses enfants ; le sénatus-consulte Orphitien de l'an 178, rendu sous Marc-Aurèle et Commode, admit les enfants à la succession de leur mère. Cette hérédité, l'enfant en puissance l'acquerrait pour son père, qui pouvait, par conséquent, en disposer en faveur d'une autre femme ou des enfants d'un autre lit. Ceci devait paraître particulièrement choquant. Ce ne fut cependant

que Constantin qui créa la classe des *bona adventicia* (C. 6.60, *de bona mat.* I). Ces biens, dont le nombre devait augmenter par la suite, restaient la propriété de l'enfant ; le père n'en avait plus que l'administration et la jouissance sa vie durant.

Du reste, avec cet empereur la religion chrétienne allait devenir religion officielle.

L'idée de l'immortalité de l'âme n'était pas du tout neuve à l'époque de Constantin. Socrate et Platon l'avaient enseignée à la jeunesse d'Athènes ; sous les ombrages de Tusculum, Cicéron l'avait méditée en lisant le Phédon ; au reste, l'école stoïcienne, d'où sortirent la plupart des grands hommes et des jurisconsultes de la Rome païenne, était éminemment spiritualiste. La religion chrétienne fit passer cette croyance dans la masse à l'état de dogme. Dès lors on peut imaginer que l'idée d'un lien conjugal survivant au mystère de la tombe ait pu germer dans quelques esprits. Quelques cités des Germains l'avaient, d'après Tacite, déjà mise en pratique (*De mor. Germ.*, c. 19) et Tertullien nous dit (*De monog.*, c. 17) que le droit sacré l'avait imposée à Rome même aux *flamines* et au *pontifex maximus*. Il n'apparaît pas que les auteurs chrétiens aient tiré de là leur aversion pour les seconds mariages. Saint Paul écrivant aux Romains leur dit que la femme est soumise au mari tant qu'il est en vie, mais que, dès qu'il est mort, elle est libre (*ad rom.* c. VII). Il le répète dans sa première épître aux Corinthiens (c. VII) en termes encore plus précis.

Mais on peut le voir dans ce même chapitre recommander aux célibataires et aux veufs de ne point se marier. Qu'ils le fassent cependant s'ils ne peuvent s'en empêcher *melius est enim nubere quam uri*. Le mariage a donc pour l'apôtre des Gentils, comme pour les théologiens qui suivirent, quelque chose d'impur; ce n'est guère qu'un pis-aller pour les gens qui n'ont pas la force de rester chastes. Ceux qui en contractent un second ou un troisième deviennent aisément aux yeux des fanatiques suspects d'incontinence. Sans doute, au grand concile œcuménique de Nicée, réuni par Constantin en 325, on obligera les Cathares (les Purs), qui prohibaient les seconds mariages, à se rétracter par écrit (*Hæfele can.* 8, p. 398), mais ces schismatiques n'avaient fait que pousser un peu loin la doctrine de la continence. Le canon 8 du concile de Néocésarée (*eod. loc.*, p. 218) ne suppose-t-il pas connues de tout le monde les peines infligées à ceux qui contractent plusieurs mariages? Le canon 1 du concile de Laodicée n'appelle-t-il pas les troisièmes noces une transgression de la loi, une prévarication, une insolence criminelle? Ne traite-t-il pas les quatrièmes et celles qui vont au delà de *vitam porcinam*? C'était l'avis de saint Basile et des pères grecs que les troisièmes mariages étaient plus tolérés que permis et pour éviter de plus grands scandales (lettre à Amphiloque, c. 50) Saint Jean Chrysostôme les appelle une honnête fornication et propose aux veuves l'exemple de Judith, célébrée par le clergé de Jérusalem pour ne s'être

pas remariée après la mort de son mari. Conformément aux conseils de l'apôtre à Timothé (ép. 1, ch. 3, v. 2 et 12), l'église n'acceptera pas dans les ordres sacrés l'homme qui se sera marié deux fois (Decret Grég., lib. I, tit. XXI, *de bigamis non ordinandis*) ; suivant la décision d'Urbain III, elle refusera la bénédiction nuptiale aux secondes noces (Decret Grég., lib. IV, tit. 21, c. III). Cependant saint Jérôme et saint Augustin établiront définitivement la doctrine de l'Eglise latine ; ils ne distingueront pas entre les seconds, troisièmes ou quatrièmes mariages, car l'apôtre n'a pas distingué (1). Mais, de même que dans les premiers siècles la veuve, qui n'avait eu qu'un seul époux (2), était honorée et nourrie aux dépens des fidèles, de même, dans tout le cours de l'histoire de l'Eglise, la phalange des veuves sera considérée comme sacrée, à peine inférieure à celle des vierges (*vidua quae est rursus virgo per temperantiam*).

Cette influence, hostile aux secondes noces grâce à la vertu supérieure attribuée à la chasteté, se fait bientôt sentir. En 320, Constantin efface la plus grande partie des incapacités portées par les lois caducaires, à l'exception de celle de recevoir entre époux qui disparaîtra en 410 sous Théodose II. Il range l'adultère entre le parricide et le sacrilège et le punit de mort — peine de la loi mosaïque — mais il en restreint la poursuite aux plus proches parents, *quos verus dolor ad accusationem im-*

(1) Aug. *De bon. vid.*, cap. II, c. 21, q. 2, c. 13.

(2) Epist. I, *ad Tim.*, 5.9.

pellit. Les conciles d'Elvire (305 ou 306) et de Néocésarée (entre 311 et 325) prohibent le mariage entre beau-frère et belle-sœur ; cette prohibition est sanctionnée par la loi en 365 sous Constantin II et Constant I^{er} (C. th. 3.12). En 380, les empereurs Gratien, Valentinien II et Théodose I^{er}, dans leur constitution *Si qua mulier* (c. V. 9. 1), tout en laissant subsister l'infamie pour la femme qui se remarie dans les dix mois du deuil, y ajoutent d'autres déchéances et incapacités de recevoir. L'année suivante ce délai, qui avait été étendu au cas de divorce (c. V. 17.8.4^b) fut allongé de deux mois « *tametsi*, ajoutent les empereurs, *id ipsum tempus exiguum putemus* » (c. V. 9.2). En 382, la constitution fameuse *Feminae quae* vint interdire aux veuves, ayant des enfants d'un premier lit, d'aliéner les biens qu'elles tenaient à un titre quelconque de leur premier mari (c. V. 9.3). Cette disposition fut étendue aux veufs en 422. Sous Justinien, l'époux remarié n'aura même plus qu'un droit de jouissance sur les *lucra nuptialia*, la propriété en étant fixée sur les enfants (nov. 22, c. 21-26).

D'un autre côté, les empereurs Leo I^{er} et Anthemius, par la constitution *Hac edictali* de 472, décidèrent que l'époux remarié « *pater vel mater* », ayant des enfants d'un mariage antérieur, ne pourrait donner de ses biens à son nouveau conjoint plus d'une part d'enfant le moins prenant (c. V. 9.6).

Depuis longtemps déjà les femmes avaient pu, en s'adressant au prince, obtenir la tutelle de leurs enfants

mineurs. Valentinien, Théodose et Arcadius, en 390, avaient décidé qu'elles ne pourraient plus l'obtenir qu'à défaut de tutelle légitime ou testamentaire et après avoir prêté serment de ne plus se remarier ; et si, au mépris de leur serment, elles avaient convolé en nouvelles noces avant d'avoir fait nommer un tuteur à leurs enfants et rendu leurs comptes, elles seraient privées du droit de leur succéder, même si le père les avait appelées par substitution. Justinien déclara ces mères infâmes et leur appliqua les mêmes peines qu'à celles qui se remariaient dans l'année de deuil (nov. 22, c. 40). Puis dans la nouvelle 94, il supprima le serment et le remplaça par une renonciation au Velléen, avec engagement de ne pas se marier. Dans tous les cas, si la mère se remariait elle perdait la tutelle et même la garde de ses enfants, qui devaient être confiés à une personne désignée par le président de la province.

Signalons encore que dans cette nouvelle 22 (c. 43.44) Justinien abrogea une ancienne loi, *quæ Julia Miscella vocatur* — probablement un chapitre de la loi *Julia de adulteriis* — que ses prédécesseurs et lui-même avaient à plusieurs reprises retouchée. Elle permettait à la femme, qui avait reçu par testament de son mari sous condition de ne pas se remarier, de pouvoir passer à une nouvelle union, dans l'année du décès du mari, après avoir juré qu'elle ne le faisait que *liberorum procreandorum causa*. Mais si le mariage n'avait pas été célébré dans le délai ci-dessus, l'obligation de viduité subsistait dans

toute sa force et les femmes ne pouvaient obtenir la délivrance des libéralités dont elles avaient été gratifiées qu'en donnant la caution mucienne de ne pas se remarier. Justinien décida donc que la condition de viduité serait valable dans tous les cas, et ordonnait certaines précautions à prendre vis-à-vis de la femme. Il devait même, dans les nouvelles 118 et 127, accorder des avantages aux personnes qui ne se remariaient pas.

Enfin, par une nouvelle décision (nov. 134, c. 10), il condamna la femme adultère, après certains châtimens corporels — *competentibus vulneribus subactam* — à être enfermée dans un monastère, où, si le mari ne la reprenait pas au bout de deux ans, elle serait rasée et terminerait ses jours après avoir pris le voile. Si l'époux coupable d'adultère avait réussi à éluder les peines portées par les lois, la nouvelle 134 (ch. XII) lui défendait d'épouser son complice.

Tel était l'état de la législation romaine lorsqu'elle fut fixée dans les célèbres compilations où nos anciens auteurs allèrent l'étudier. Il importe peu de savoir qu'en 920 l'empereur oriental Constantin VII Porphyrogénète prit l'extraordinaire décision de punir les troisièmes mariages et de prohiber complètement les quatrièmes sous les peines de la débauche et de la prostitution. Les patriarches grecs avaient, en effet, abandonné la doctrine libérale de l'Eglise de Rome ; quelques années au paravant, Nicolas, patriarche de Constantinople, avait excommunié Léon le Philosophe pour avoir osé se marier jus-

qu'à quatre fois, après avoir lui-même défendu les troisièmes noces. Au reste, sous l'influence de l'église orthodoxe, la prohibition des quatrièmes mariages est passée dans la législation russe (lois civiles de l'empire de Russie, art. 12).

SECTION II. — Droit français.

Il serait inutile de s'appesantir sur l'article de la loi sa-lique, étudié par Pardessus, qui ordonnait au second mari de payer une somme fixe aux parents du premier pour les dédommager de la perte d'un wergeld possible. Il s'agit uniquement de connaître comment les prescriptions du droit romain passèrent dans le droit français.

Notons d'abord que dans l'écroulement de l'empire romain sous la poussée des barbares, l'Eglise seule était restée debout, avec toute sa hiérarchie et ses lois, et qu'elle eut bientôt pris sur les rois germanes un ascendant que lui méritaient, sans aucun doute, son organisation et ses idées civilisatrices supérieures. Cependant, sous les mérovingiens et les carolingiens, elle tint dans l'état à peu près la place qu'elle avait tenue sous les empereurs chrétiens. Ses canons n'étaient pas de plein droit lois du royaume : ils devaient être édictés par le pouvoir séculier. Celui-ci, néanmoins, devint si faible sous les successeurs de Charlemagne, qu'en fait il ne resta plus que les tribunaux et les décrets de l'Eglise. A partir du x^e siècle, elle va posséder la juridiction et la législation exclusive en matière de mariage. Ce sera

seulement au xvi^e siècle que l'on s'apercevra que si le mariage est un sacrement, il est aussi un contrat civil. Après une longue discussion, on tombera à peu près d'accord pour permettre au pouvoir séculier d'établir des empêchements dirimants. Les tribunaux civils, qui peuvent tout au moins connaître du régime des biens dans le mariage, empiéteront peu à peu sur la compétence des officialités. Sous le couvert de l'appel comme d'abus, les parlements prononceront de véritables nullités de mariage, tout en protestant que ce serait un sacrilège de connaître du sacrement. Enfin, l'édit de 1787 établira un véritable mariage civil pour les protestants et la Révolution ignorera l'Eglise (Const. 3 14 sept. 1891, tit. II, art. 7).

Notre ancien droit sera donc animé par le même esprit qui inspira les constitutions de Constantin, de Théodose et de Justinien. Nous aurons même une crise de catharisme, importé d'Orient en notre Midi : les parfaits massacrés à Béziers, ceux brûlés à Minerve, en 1209 et 1210, avaient une doctrine sur les seconds mariages semblable à celle des donatians du iv^e siècle. Mais cette fois la voix des conciles resta impuissante et Innocent III dut recourir à la forte épée de Simon de Montfort.

L'interdiction de contracter mariage entre beau frère et belle-sœur nous était arrivée par le Code théodosien. On alla beaucoup plus loin dans cette voie. Puisque les époux ne formaient plus qu'un — *erunt duo in carne unà* — l'opinion se forma que les empêchements déri-

vant de l'alliance devaient s'étendre aussi loin que ceux pour cause de parenté, et l'on sait que le quatrième concile de Latran, en 1215, fixa ces derniers au quatrième degré canonique, soit au huitième degré civil. Cette doctrine sur l'affinité, peut-être ébauchée au commencement du ^{vi}^e siècle au concile d'Agde (canon 61 mais qui est suspect), est formellement reconnue par le canon 9 du concile romain de 721.

Quant à la prohibition du mariage entre l'époux adultère et son complice, elle passait pour certaine aux yeux de tous les canonistes depuis les temps les plus reculés. Mais dans le haut moyen-âge on ne la tenait plus pour absolue. Dans la compilation de Gratien, qui eut une vogue énorme à la fin du ^{xii}^e siècle, elle est rapportée comme s'appliquant surtout à deux cas : lorsque les complices avaient machiné le meurtre de l'autre conjoint ou que de son vivant ils s'étaient donnés une promesse jurée de s'épouser à sa mort. Une décrétale d'Innocent III la restreignit expressément à ces deux cas ; l'adultère simple ne fut même plus désormais un empêchement prohibitif (Decret. Greg., lib. IV, tit. VII, c. 6, *Innocentius III, Episcopo Spoletano*, 1212). N'oublions pas que la nouvelle 134 avait été reçue en France, même en pays coutumier ; en conséquence, la femme adultère devait être condamnée à être fustigée, rasée et enfermée dans un monastère, où son mari pouvait la reprendre au bout de deux ans. Mais, au parlement de Paris, la fustigation tomba de bonne heure en désuétude ; on permit

bientôt à la femme de sortir du couvent après la mort de son époux et de se remarier (arrêts dans Henrys, liv. IV, ch. vi, quest. 65).

Chose étrange, on emprunta au droit canon la disposition qui permettait à la veuve de se remarier dès qu'elle le jugeait à propos. Pothier (*Contrat de mariage*, n° 530) trouve faible l'argumentation des décrétales, qui prétendent ne vouloir restreindre en aucune façon l'autorisation donnée par saint Paul (1). Si on l'a acceptée en France, « c'est, ajoute-t-il, parce que nous avons trouvé qu'il était assez inutile d'obliger une femme à attendre une année pour se remarier, et qu'au contraire il y avait très souvent des cas auxquels une veuve ne pouvait attendre un aussi long temps, sans se causer un grand préjudice ; comme lorsqu'une veuve se trouve, à la mort de son mari, chargée d'un gros labour, ou d'un gros commerce qu'elle ne peut soutenir sans le secours d'un second mari ». L'argument, pour être plus pratique, n'en est guère plus impressionnant. Nous croirions plutôt que le divorce ayant définitivement fait place à la séparation de corps qui ne permettait pas de se remarier, il ne restait plus, à part quelques cas de nullité, qu'un seul mode de dissolution du mariage : la mort. Ici, l'usage et les convenances, aussi forts chez nous que chez les premiers romains, devaient imposer à la femme un temps de deuil suffisant pour rendre inutile une disposition de la loi.

(1) Decret Greg., lib. IV, tit. XXI, c. iv.

Il faut ajouter que les peines de l'an de deuil étaient appliquées dans le ressort des parlements de droit écrit ; il en était de même dans les comté et duché de Bourgogne, ainsi qu'il résulte d'un arrêté de règlement rendu par le parlement de Dijon le 12 août 1628. Bretonnier, qui cite cet arrêt, prétend que c'était également la coutume autrefois au parlement de Paris et il se base sur une dispense, trouvée dans le trésor des Chartres, qui aurait été accordée, en 1317, par Philippe le Long à la veuve d'un certain Jourdain de Rapstignac. En tous cas, dans le ressort de ce même parlement, les secondes noces étaient punies de la privation du douaire et des autres gains nuptiaux lorsqu'elles étaient vraiment trop précipitées. Ainsi jugé par un arrêt rendu au rôle de Poitou le 10 juin 1664, contre une femme qui s'était remariée trois jours après la mort de son mari. La même jurisprudence était suivie aux parlements de Rouen, de Bretagne et de Metz.

Dans le Midi on appliquait les constitutions impériales, en ce qui concerne l'incapacité de disposer, à l'époux qui se remariait ayant des enfants ; mais, malgré l'influence du droit romain, si vive à compter du xii^e siècle, elles n'avaient pas pénétré en pays coutumier. Quelques coutumes y avaient suppléé (Orléans, Lorris-Montargis jusqu'au xvi^e siècle, et surtout dans la région du Nord-Est jusqu'à la Révolution) par le droit de dévolution. A la mort de l'un des époux, la succession du conjoint survivant s'ouvrait aussi pour les enfants ; il ne lui restait

plus qu'un droit d'usufruit — c'est ce droit que Louis XIV invoqua, à la mort de Philippe IV, sur les Pays-Bas, du chef de Marie-Thérèse sa femme, fille du dit roi d'Espagne par son premier mariage avec Elisabeth de France, tandis que Charles II d'Espagne n'était que son fils d'un second lit. Il en résulta la guerre dite de dévolution, terminée en 1668 par le traité d'Aix-la-Chapelle.

On pourrait noter encore : que, dans les coutumes pratiquant l'entravestissement par le sang, en cas de secondes nocces les droits du survivant étaient réduits à la propriété des meubles ; qu'en Nivernais (ch. 30, art. 7), Touraine (art. 350), Bourbonnais (art. 176), Anjou (art. 88) et Bretagne (art. 487), tout comme à Bordeaux ou à Grenoble, la femme qui se remariait perdait la tutelle des enfants du premier lit, excepté si, par le consentement des proches, la tutelle était donnée au vitric ; que le droit du père de faire enfermer son fils dans une maison de force sur sa seule autorité était soumis à l'obtention d'une ordonnance du juge lorsqu'il était remarié. Enfin, l'article 268 de la coutume de Paris portait : « La garde noble dure aux enfans masles jusques à vingt ans et aux femelles jusqu'à quinze ans accomplis et la garde bourgeoise dure aux enfans masles jusqu'à quatorze ans et aux femelles jusqu'à douze ans finis et accomplis, le tout pourveu que les dits père et mère, ayeul ou ayeulles ne se remarient auquel cas la garde est finie. » Cette garde noble et cette garde bourgeoise particulière aux bourgeois de Paris sont généralement considérées comme la source de notre droit de jouissance légale.

Un incident amena la renaissance, en pays coutumier, des constitutions *Hac edictali et Feminae quae* : une dame d'Aligre, ayant sept enfants de son premier mariage, épousa un jeune homme, Georges de Clermont, en lui faisant une grosse donation ; l'affaire fit scandale. François II, sur le conseil du chancelier Michel de l'Hôpital, donna à Fontainebleau, en juillet 1560, le célèbre édit des secondes noccs. Après un préambule peu flatteur pour les veuves ayant des enfants qui « souvent invitées à nouvelles nopces, et non cognoissant estre recherchées plus pour leurs biens que pour leurs personnes » abandonnent leurs biens à leurs nouveaux maris au préjudice de leurs enfants, à qui elles devraient, au contraire, « faire office de père et de mère », l'édit reproduit dans ces deux chefs les deux constitutions précitées.

En premier lieu il y est dit : « Que femmes veufves ayans enfans, ou enfans de leurs enfans, si elles passent à nouvelles nopces, ne peuvent et ne pourront, en quelque façon que ce soit, donner de leurs biens, meubles, acquests ou propres à leurs nouveaux marys, père, mère ou enfans des dits marys ou autres personnes qu'on puisse présumer estre par dol ou fraude interposées, plus qu'à l'un de leurs enfans ou enfans de leurs enfans... » Cette défense faite seulement aux veuves, en considération de l'*infirmilas sexûs*, fut bientôt étendue aux veufs par la jurisprudence. *Idem de marito statuit Senatus in solemnî purpura 23 Maii 1586* (Guérinus, *Commentarii in jus civile Parisiorum*, 1634, p. 309).

En second lieu, il est interdit aux veufs et aux veuves de rien donner des libéralités qu'ils ont reçues de leur premier conjoint ; ils doivent les conserver pour les enfants du premier lit, comme par une sorte de substitution.

L'édit spécifie bien qu'il n'apporte aucune dérogation aux coutumes en tant qu'elles restreignent plus avant la liberté de disposer.

Ces prescriptions passèrent dans la seconde rédaction des coutumes, mais celle de Paris (art. 279) et celle d'Orléans (art. 203), qui s'en explique plus clairement, leur donnèrent quelque extension en ce qui concerne les conquêts meubles ou immeubles faits avec le précédent mari. Quoiqu'ils fussent un gain légitime accordé par la loi à la femme dans la communauté, elle ne pouvait en disposer d'aucune façon au profit de son second mari, mais elle pouvait en donner à d'autres à condition de ne pas préjudicier aux portions que les enfants du premier mariage en pourraient réclamer. Ceci fut également étendu aux veufs par l'arrêt dit des Poitevins et par arrêt du 4 mars 1697, rendu après un plaidoyer fort admiré de Daguesseau, alors procureur général.

Pour en terminer avec l'ancien droit, citons l'article 18 de l'ordonnance de Blois, rendue sous Henri III. Non seulement il prive les femmes veuves ayant enfants, qui « se remarient follement à personnes indignes de leur qualité » et notamment à leur valet, de la faculté de donner à leur second mari, mais encore il les met en

interdiction de leurs biens, leur défendant de les aliéner de quelque façon que ce soit à compter du jour de l'accord conclu pour une pareille union. On peut, en conséquence, lire dans Dupin (t. II, ch. XII, n° 3) un arrêt du parlement de Bretagne qui déclare nulles les acquisitions faites par les chanoines de Clisson de la veuve d'un sieur Desoignons, qui avait épousé le nommé Jean, son domestique, parce que « les contrats des furieux sont nuls *ab initio et eorum nullus et consensus* ». Pas plus que Pothier, cet auteur n'est d'avis que l'on étende cette solution aux hommes, car la veuve qui se remarie à un valet indigne fait injure à la mémoire de son défunt mari et rend ses enfants et elle-même serviteurs de celui dont ils étaient les maîtres. L'homme, au contraire, élève sa servante en son propre rang et qualité, demeurant toujours son seigneur. Quant à la vertu qui peut se montrer tout aussi grande chez une servante que dans une femme de qualité, c'est un argument dont Dupin ne se montre pas enchanté.

Ainsi, dans l'ancienne France, il existait un fort courant d'hostilité contre les veufs et les veuves qui se remariaient. Il fit naître dans les mœurs populaires l'habitude du charivari, ce concert discordant d'instruments de ménage, qui venait troubler les seconds mariages au milieu de la première nuit des noces. Ces ébats prirent de telles proportions au début du xvii^e siècle que les conciles durent à plusieurs reprises les interdire, sous peine d'excommunication. Ils n'en disparurent pas pour

cela, et si cet usage est sorti depuis longtemps des mœurs parisiennes, on pourrait le retrouver encore vivace dans quelques coins de Provence et de Languedoc, où les agents de la loi, peu nombreux et bienveillants, se montrent assez difficiles pour assimiler à un vulgaire tapage nocturne les aubades, sérénades et charivaris mesurés.

Bien entendu, la condition de viduité ajoutée à un legs était considérée comme valable, car la novelle 22 avait été reçue sur ce point même en pays coutumier, ainsi qu'il résulte de trois arrêts célèbres cités par Bretonnier et Merlin, du 24 mars 1562, de Noël 1592 et du 27 février 1674.

La Révolution devait trouver toutes ces coutumes et le droit romain indignes d'un peuple libre. Pendant plus de dix ans, nos philosophes chercheront à établir un droit idéal, propre à régir le genre humain. Heureusement, on fit beaucoup de lois politiques, mais les divers projets de Code civil, présentés par Cambacérès à la Convention et au Directoire ne furent pas votés. Cependant la loi du 20 septembre 1792 rétablit le divorce qui devint d'une facilité extrême ; nous nous trouvions revenus tout d'un coup aux errements de l'époque d'Auguste. Néanmoins l'article 2 du titre III disait que les époux, qui pouvaient se remarier ensemble immédiatement, ne pouvaient convoler avec d'autres personnes avant un an lorsque le divorce avait été prononcé sur consentement mutuel ou pour simple cause d'incompatibilité d'humeur ou de caractère. Mais, lorsqu'il avait été prononcé pour

cause déterminée, la femme seule ne pouvait se remarier pendant un an. Ce délai fut réduit à dix mois par les lois des 8 nivôse et 4 floréal an II. Une autre loi du 20 septembre 1792, sur les actes de l'état-civil, ne restreignait plus le mariage qu'avec les alliés en ligne directe (tit. IV, art. 2). Les décrets de la Convention du 5 brumaire et du 17 nivôse an II déclarèrent non écrite, comme contraire aux bonnes mœurs, la condition de viduité. Ce dernier décret (art. 13) permettait aux époux de se donner mutuellement tous leurs biens s'ils n'avaient pas d'enfants ; s'ils en avaient, soit communs, soit d'un précédent mariage, ils ne pouvaient disposer que de l'usufruit de la moitié. L'article 61 déclarait non avenues toutes les lois et coutumes relatives à la succession des biens. L'édit des secondes noces se trouvait donc abrogé, au moins dans son premier chef, ainsi que le reconnut la Cour de cassation le 8 juin 1808.

Mais, à leur tour, ces lois furent abrogées par celle du 30 ventôse an XII, promulguant le Code civil. On avait enfin compris qu'il n'y avait pas de révolution dans le droit civil, mais une évolution. Certes, il fallait le mettre en harmonie avec l'état politique nouveau, mais aussi se rattacher aux anciennes coutumes et au droit romain, faire un heureux mélange du droit du Nord et du Midi, puisque l'on avait accompli l'unification.

Ce sont les dispositions du Code Napoléon qui feront l'objet de cette étude. Il convient de dire, dès à présent, qu'il voit avec défaveur les seconds mariages, mais c'est

surtout l'intérêt des enfants du premier lit qui le préoccupe. Il n'a pas pu admettre la décision de l'ordonnance de Blois, car après les principes de 89, il n'existait plus de différence entre une personne de condition vile et une dame de qualité. Le second chef de l'édit des secondes nocces était lui-même abandonné comme entaché de substitution. Il n'a pas reproduit les prohibitions des lois révolutionnaires contre la condition de viduité.

Aujourd'hui, le législateur n'est plus influencé par des idées religieuses : l'Etat ne peut avoir d'autre mobile que son intérêt, qui est l'intérêt commun. Cet intérêt, en ce qui concerne les seconds mariages, est de les favoriser, puisque une des grandes tristesses de ce temps est le décroissement continu de notre population par rapport à celle des États voisins. « Ce modique excédent de 37.120 des naissances sur le décès, dit M. Paul Leroy-Baulieu commentant les statistiques officielles pour 1905, fait une bien triste figure à côté des 862.000 âmes qu'a gagnées l'Allemagne du chef de l'excédent des naissances sur les décès en 1904, des 400.000 à 450.000 âmes que gagne annuellement l'Angleterre, des 450.000 âmes dont s'enrichit l'Autriche-Hongrie, des 330.000 dont bénéficie l'Italie » (*Economiste français* du 8 décembre 1906). Nous n'avons pas à exposer les causes économiques, morales ou immorales de cet affaïssement, mais ces chiffres doivent être d'un grand effet sur l'opinion publique,

Signalons que l'article 298, prohibant le mariage entre l'époux adultère et son complice, a été abrogé le 15 dé-

cembre 1904. Depuis le 21 février 1906, la mère ne perd plus la jouissance légale des biens de ses enfants mineurs par un nouveau mariage. De plus, l'article 161 du Code civil ne permettait pas d'accorder des dispenses pour le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Le chef de l'Etat fut autorisé à les donner, sur rapport du procureur de la République du domicile de l'impétrant, par une loi du 16 avril 1832. Une circulaire ministérielle de novembre 1904 recommandait aux parquets de se montrer très larges. Enfin, le chiffre de ces dispenses était devenu assez important — 1.287 en 1901 — pour que l'on se soit aperçu qu'il y avait là un empêchement très gênant pour les seconds mariages. Aussi, dans sa séance du 29 mai 1907 (*Officiel* du lendemain, p. 1099) la Chambre a admis sans discussion cet article unique : « L'article 162 du Code civil est modifié ainsi qu'il suit. Toutefois l'alliance ne constitue plus un empêchement au mariage lorsqu'elle a pris fin par le décès du conjoint qui produisait l'alliance. » On pourra se demander, en lisant les termes généraux de la disposition nouvelle, s'il va être permis d'épouser ses alliés en ligne directe, si, après le décès de la fille, on pourra convoler avec la mère, s'il sera permis d'épouser la seconde femme de son père ou celle de son fils. Sans doute, dira-t-on, cela ne s'est plus vu depuis l'ère chrétienne, et la loi semble viser uniquement l'article 162. Mais cette autorisation n'a-t-elle pas plutôt été placée à la fin de cet article pour atteindre aussi l'article 161 qui le précède immédiate-

ment ? Du reste, y a-t-il quelque raison physiologique qui défende d'épouser sa belle-mère ? D'autre part, le cas de décès du conjoint qui produisait l'alliance est seul exprimé ; la prohibition subsistera donc au cas de divorce. Probablement le législateur a craint que l'on ne divorçât pour le plaisir d'épouser le frère de son mari ou la sœur de sa femme. Mais du moment qu'il ne s'inquiète pas d'ordinaire si l'époux divorcé épousera M. X. ou Mlle Y., pourquoi s'en occupera-t-il lorsque M. X. sera le beau-frère ou Mlle Y. la belle-sœur de l'ex-conjoint qui désirera convoler ? Si celui-ci est suspect, il faut laisser subsister la défense dans toute son ampleur : la vie de son conjoint sera-t-elle en sûreté entre les mains de cet époux dangereux ? Nous croyons d'ailleurs que cette restriction est en désaccord avec l'autorisation que l'on a donnée à l'époux adultère d'épouser son complice : le péril est le même dans les deux cas. Au surplus, les termes mêmes du projet ne paraissent pas devoir satisfaire la doctrine : on enseigne généralement que l'alliance ne finit pas par le décès de l'époux qui la produisait, puisqu'elle conserve encore certains effets. Supposons que le *de cujus* ait laissé des enfants, le père ou la mère survivant n'aura-t-il pas le droit de réclamer une pension alimentaire à ses beaux-parents et réciproquement ?

CHAPITRE II

LES RESTRICTIONS.

1° *Du délai de viduité.* — Cette expression usuelle est beaucoup trop étroite : l'article 228 du Code civil nous dit que « la femme ne peut contracter mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du mariage précédent », cela s'applique aussi bien au cas de divorce qu'au cas de décès. La loi du 27 juillet 1884 s'était donnée la peine de nous le répéter (ancien art. 296, C. civ.). Un arrêt de la Cour de Trèves l'étendait dès 1806 au cas de nullité de mariage (S. 6.2.139). Malheureusement nous ne possédons pas de mot en français pour exprimer, d'une façon générale, l'état d'une personne qui a été mariée et qui a cessé de l'être par une cause quelconque. Il faudrait se servir d'expressions trop vagues comme *délai de solitude* par exemple.

Quelle est la raison de cet empêchement ? D'après notre loi, l'enfant conçu pendant le mariage a pour père le mari (art. 312), et cette présomption, qui doit correspondre à la réalité la plupart du temps, couvre également l'enfant né pendant le mariage (arg. art. 314) ou moins de 300 jours après sa dissolution (art. 315). Il faut donc laisser s'écouler le temps des plus longues grosses-

ses avant de permettre à la femme de se remarier, sans quoi la présomption de la loi pourrait donner deux pères au même enfant.

Ce délai est de dix mois, qui commencent à compter, en principe, du jour de la dissolution du premier mariage, c'est-à-dire du décès de l'un des époux ou du jugement prononçant la nullité. Il y a une exception apportée par une loi récente pour le cas de divorce.

Pourrait-on dire qu'il est de 300 jours, parce que lorsque l'article 228 fut voté le calendrier républicain était en usage ? on gagnerait ainsi de trois à cinq jours. Si ce léger supplément vaut la peine d'être discuté, nous dirons que le délai doit être compté de quantième en quantième, et que le second mariage ne peut avoir lieu que le premier jour du onzième mois. En effet, il n'est pas exact de dire que, sous le calendrier républicain, la pensée des législateurs était que dix mois équivalaient exactement à 300 jours : si tous les mois étaient invariablement de 30 jours, on avait été obligé, pour parfaire l'année, d'ajouter cinq jours complémentaires dits sansculottides. Il fallait, dès lors, établir une différence entre les délais qui se comptaient par jours et ceux qui se comptaient par mois. Dans ce dernier cas on ne tenait aucun compte des jours complémentaires dans les calculs. On peut lire dans Merlin (*Questions de droit* : délai, § 4) une lettre du ministre de la justice à lui adressée, le 16 germinal an XII, et qui cite plusieurs dispositions de loi dans ce sens. Il ajoute : « Toutes ces décisions

particulières doivent être ramenées à un principe commun, et qui est applicable à tous les cas analogues ; elles peuvent être considérées comme une conséquence de l'article 7 de la loi du 4 frimaire an II sur l'ère républicaine portant que les cinq jours complémentaires n'appartiendront à aucun mois. Dans l'ancien calendrier, il y avait des mois depuis 28 jours jusqu'à 31 jours ; et cependant l'usage a toujours été, dans les termes fixés par mois, de calculer les échéances de mois date par date, il paraît tout naturel d'en faire de même dans le calendrier républicain, et de considérer les jours complémentaires comme intercalés de droit dans les termes du mois où ils se trouvent placés. » Suivent quelques arrêts confirmatifs qui paraissent avoir fixé la jurisprudence, et donner l'opinion exacte des jurisconsultes de ce temps.

On objecterait en vain que ce délai doit exactement correspondre à la durée des plus longues grossesses, car on doit observer que les hommes du Code civil n'avaient pas uniquement en vue d'éviter la confusion de part, mais encore se préoccupaient des convenances. C'est ce que faisait entendre Portalis en présentant le projet de loi au Corps législatif (Fenet, t. IX, p. 181) et lorsque ce projet revint du Tribunat, Boutteville disait : « Sans aucun doute, citoyens législateurs, vous n'y trouverez rien de contraire aux bienséances et à la dignité du mariage. » De plus, il n'est fait aucune exception pour la femme qui a accouché avant l'expiration des dix mois, alors qu'une contestation de paternité ne serait plus possible.

Il est vrai que la loi du 16 juillet 1907 a restreint expressément ce délai à 300 jours pour le cas de divorce. Mais elle a en cela opéré un changement pour cette situation spéciale et qui ne doit pas être étendu. Peut-on s'étonner de la différence de traitement imposé à la femme qui pleure son mari et à la divorcée qui se trouve tout heureuse d'avoir enfin rompu des liens qu'elle ne pouvait plus souffrir.

On convient cependant qu'une nouvelle législation sur ce sujet devrait laisser de côté les convenances: c'est un domaine que notre conscience plus délicate ne permet plus à la loi de régir. Elle pourrait donc supprimer ou diminuer le délai de viduité lorsque la confusion de part ne serait pas à craindre. Par exemple: 1° le mari meurt au cours d'un long voyage sans avoir revu sa femme; 2° ou après une longue maladie qui le rendait impuissant; 3° on acquiert la certitude de sa mort après une déclaration d'absence; 4° la femme est accouchée quelques mois après la dissolution du mariage; 5° les époux ont vécu longtemps séparés de corps lorsque survient la mort du mari; 6° ou bien, ils font au bout de trois ans convertir leur séparation de corps en divorce; 7° enfin, pendant une longue instance en divorce mari et femme ont eu une résidence séparée.

La loi du 16 juillet 1907 s'est occupée des deux derniers de ces cas. Elle est ainsi conçue: «ART. 1^{er}. — L'article 296 du Code civil est remplacé par la disposition suivante: La femme divorcée pourra se remarier aussitôt après la

transcription du jugement ou de l'arrêt ayant prononcé le divorce, si toutefois il s'est écoulé trois cents jours après le premier jugement préparatoire, interlocutoire ou au fond rendu dans la cause.

« ART. 2. — L'article 297 du Code civil est remplacé par la disposition ci-après : Lorsque le jugement de séparation de corps aura été converti en jugement de divorce, conformément à l'article 310 du Code civil, la femme divorcée pourra contracter un nouveau mariage aussitôt après la transcription de la décision de conversion. »

L'épouse divorcée était, en effet, celle qui faisait entendre le plus de plaintes : nous avons déjà noté son désir habituel de se remarier. Ces plaintes n'étaient pas sans fondement, car les délais pour la transcription du jugement de divorce sont excessivement longs, lorsqu'il a été prononcé par défaut — chose assez ordinaire quand le mari n'ayant aucune excuse pour se défendre ne tient pas à faire des frais qui lui resteraient sûrement — et que la signification à personne même est rendue impossible par les circonstances ou la mauvaise volonté du mari. Mais on pourrait remarquer qu'il n'y avait pas de danger à supprimer le délai lorsque la femme avait accouché ; la divorcée elle-même en eut profité, car il peut arriver que malgré cet heureux événement survenu pendant la procédure, elle ait à attendre encore quelques mois après la transcription du jugement, qui, dans certains cas, peut se faire assez rapidement. D'autre part, on aurait pu tout aussi bien autoriser la femme séparée de corps à se

remarier lorsque son mari venait à mourir, que lorsqu'elle faisait convertir sa séparation en divorce au bout de trois ans : on eût ainsi accommodé certaines femmes, dont la conscience réprouve le divorce, mais qui eussent volontiers profité de l'autorisation.

Quant au nouveau point de départ du délai, il a été définitivement fixé au premier jugement rendu dans la cause. Le projet originaire, voté une première fois par la Chambre des députés le 29 mai 1907, l'avait porté jusqu'à l'ordonnance de non-conciliation rendue par le président du tribunal lorsqu'elle constaterait que les époux avaient une résidence séparée, ou jusqu'à un procès-verbal d'huissier tendant au même but. Ceci a disparu avec juste raison, car le président ne fait que constater ce que les parties veulent bien lui dire, et un procès-verbal d'huissier se bornerait à enregistrer une leçon apprise d'avance à la concierge. Nous croyons, cependant, que la disposition actuelle est encore trop libérale : on aurait pu se contenter de la date du jugement définitif. Supposons, en effet, que les époux se réconcilient après le premier jugement préparatoire ; cela peut très bien arriver au cours de l'enquête qui leur fournit l'occasion de se voir. Si, après quelques jours de reprise de la vie commune, ils se rendent compte définitivement qu'elle est insupportable, ils pourront introduire une nouvelle procédure qui marchera rapidement grâce à l'accord préétabli. Dans ce cas, la femme, qui désirera se remarier au plus vite, ne sera-t-elle pas tentée de présenter au maire

le jugement préparatoire de la précédente instance ? Comment cet administrateur se rendra-t-il compte qu'on ne le trompe pas ? Les qualités du jugement définitif n'ont pas été transcrites sur ses registres — et encore pourrait-on se fier à des qualités ? — mais uniquement le dispositif. Se fera-t-il apporter toutes les pièces de la procédure ? Il y a des chances pour qu'il s'y perde. Nous sommes persuadé qu'il est bon de ne pas surcharger les maires de besognes par trop délicates : leur mode de nomination ne garantit pas de leurs connaissances juridiques. Il se pourrait que, même au vingtième siècle, il se trouvât dans des bourgades reculées quelques-uns de ces officiers municipaux plus familiers avec le patois qu'avec le jargon desuet du palais (1).

C'est pourquoi, s'il arrivait que l'on se préoccupât un jour des cas que nous avons cités en premier lieu — mort du mari pendant un long voyage, après une longue maladie — il serait prudent de faire constater ces situations

(1) Un complément nécessaire de la loi du 16 juillet 1907 serait l'obligation imposée à la femme, qui voudrait se prévaloir de ses dispositions, de signifier au maire, en même temps que le jugement définitif, un certificat de l'avoué constatant que le premier jugement dont elle entend se servir a été rendu à telle date et qu'aucun désistement n'a été reçu ou signifié par lui jusqu'au jugement prononçant le divorce et passé en l'état de chose jugée. Les dates des deux jugements seraient mentionnées en marge de l'acte de mariage, de sorte que le point de départ du délai serait clairement fixé aux yeux de tous. Les frais du certificat dont nous parlons seraient tout à fait minimes et d'ailleurs la femme n'en supporterait les frais que lorsque cette formalité lui paraîtrait utile. *Ubi emolumentum ibi onus.*

par des juges avant de permettre à la femme de se rendre à la mairie. On pourrait, d'ailleurs, aller très loin dans cette voie. De quoi s'agit-il ? De savoir si une femme qui désire se marier est enceinte ou non : il paraît simple de l'autoriser après une expertise médicale. Ce serait moderniser et étendre les procédés du sénatus-consulte Plancien. Cette intervention nouvelle du médecin n'aurait rien pour choquer nos idées modernes. Lisons plutôt l'article 120 du Code civil autrichien, déjà presque centenaire : « Lorsqu'un mariage a été déclaré nul ou a été dissous par la mort du mari, ou que le divorce a été prononcé, la femme ne peut, si elle est enceinte, convoler en secondes noces avant un accouchement, et, s'il s'élève des doutes sur sa grossesse, avant l'expiration d'un mois ; mais, si d'après les circonstances ou le témoignage des gens de l'art, la grossesse n'est pas probable, la dispense peut être accordée, au bout de trois mois, dans les chefs-lieux par le tribunal civil et dans les autres districts par le bailliage du cercle. » Voilà ce que le premier consul n'eût jamais voulu admettre dans notre Code : il avait trop peu de confiance dans l'art médical. On se souvient de ses paroles au Conseil d'État le jour où Fourcroy présenta son fameux rapport sur la durée des grossesses : « Si un enfant me naissait à cinq mois, je le prendrais pour être de moi et je le croirais malgré les médecins. » Rien ne semblait impossible à ce grand homme.

Mais une fraude peut se produire, quelle sera la sanc-

tion de notre obligation ? On est à peu près d'accord pour y voir un empêchement prohibitif et non dirimant. Il y a pour cela une bonne raison pratique : une fois le second mariage consommé, la confusion de part que l'on voulait éviter a pu se produire ; à quoi servirait de casser cette nouvelle union ? Le respect de la loi ne sera donc assuré que par la crainte de la condamnation à l'amende prononcée par l'article 194 du Code pénal contre l'officier de l'état-civil.

En cas de contestation, à qui attribuerons-nous l'enfant ? Si le second mariage a eu lieu plus de quatre mois après la dissolution du premier, l'enfant naîtra moins de 180 jours après la conclusion de cette nouvelle union ; le second mari n'aura donc qu'à le désavouer, s'il a ignoré l'état de sa femme avant ses noces, et la paternité sera ainsi attribuée au premier. Que si le second mariage a été contracté avant ces quatre mois, on ne peut exciper de la présomption du Code, car, chacun des maris pouvant s'en prévaloir, il n'y a pas lieu de s'y arrêter. Les tribunaux jugeront d'après les circonstances de fait, et il sera facile à un homme de l'art de distinguer si l'enfant est né avant terme, auquel cas le second mari serait le père, ou s'il est né à terme et alors la paternité devrait être attribuée au premier.

Si nous poussons l'hypothèse jusqu'au bout et que nous admettions que le second mariage a été consommé quelques jours à peine après la dissolution du premier — chose à peu près impossible à notre époque, mais dont

l'ancienne jurisprudence nous fournit quelques exemples — on s'attachera encore aux circonstances. Il se peut que le premier mari ait succombé à une longue maladie, ou que l'un des pères ne soit pas de race blanche, auquel cas l'enfant pourrait naître métis. Mais on ne devrait pas faire attention à une vague ressemblance ; neuf fois sur dix chacun a une opinion différente sur le point de savoir à qui ressemble un enfant. Si, enfin, toutes les circonstances font défaut, Marcadé pense que l'on doit se prononcer pour le second mari : « 1° parce que l'empressement des nouveaux époux à se marier doit faire soupçonner qu'il y avait entre eux un commerce dont ils se sont hâtés de couvrir les suites ; 2° parce que ce second mari est en faute de s'être ainsi marié contrairement aux prescriptions de la loi. » Cet auteur attribue l'enfant comme une pénitence au plus coupable, alors que, par hypothèse, on est en train de se le disputer. Il serait bon pratiquement, croyons-nous, de reconnaître pour son père le mari dont l'union va continuer à subsister : l'état de mariage dans lequel vivront ses père et mère sera pour l'enfant le milieu le plus favorable pour qu'il obtienne tous les soins nécessaires à son complet développement.

2° *De l'affinité.* — Quelques mots suffiront. Elle entre incidemment dans notre sujet, car tout mariage entre alliés est nécessairement un second mariage, au moins pour l'un d'eux. Il n'y a pas d'alliance sans mariage : la loi ne reconnaît plus les liens nés d'un commerce sexuel et encore moins de l'alliance spirituelle.

D'après l'article 161 du Code civil, il est défendu d'épouser sa belle-mère — *socrus et noverca* —, sa belle-fille — *nurus et privigna* — et leurs parents en ligne directe. L'article 162 interdit le mariage entre beau-frère et belle-sœur. Comme nous l'avons vu, on peut obtenir une dispense pour le second cas, mais non pour le premier, en s'adressant au parquet. Quel que soit le sort du projet de loi, dont nous parlions à la fin de notre historique, il existera toujours des cas où ces prohibitions devront s'appliquer. Quelle en est la nature ? Il est certain qu'elle forme un empêchement dirimant et la nullité qui en résulte est absolue, de sorte que tout intéressé pourra s'en prévaloir ainsi que le ministère public (art. 184). Elle est d'ordre public (Seine, 26 juillet 1894, D. 95.2.6) et ne saurait dès lors être couverte par une dispense obtenue postérieurement. Cependant, s'il arrivait que la faculté d'épouser son beau-frère ou sa belle-sœur devint le droit commun et que l'interdiction ne soit plus qu'une précaution spéciale pour le cas de divorce, on pourrait penser que la sanction est bien sévère ; d'autant plus que la nullité du second mariage ne réparerait en aucune façon le scandale causé, si scandale il y avait.

3° *De la réunion des époux divorcés.* — A. — L'ancien texte de l'article 295 du Code civil portait : « Les époux qui divorceront pour quelque cause que ce soit ne pourront plus se réunir. » Cette règle draconienne a été un peu adoucie par le législateur de 1884. Le nouvel article 295 est ainsi conçu dans sa première partie : « Les

époux divorcés ne pourront plus se réunir, si l'un ou l'autre a, postérieurement au divorce, contracté un nouveau mariage suivi d'un second divorce. » C'est exactement la prescription du Deutéronome (ch. xxiv, 4). Pour empêcher la réunion des époux il faut que l'un des deux ait contracté un second mariage *suivi d'un second divorce*. Si donc l'époux intermédiaire est décédé, l'article ne s'applique pas.

L'idée de la prohibition ancienne semble avoir pour père Montesquieu (*Esprit des lois*, liv. XVI, c. 15), qui prétendait l'avoir trouvée dans la législation du Mexique et ne voulait pas que l'on pût se jouer du mariage et de la répudiation. En 1884, on pensa qu'il fallait laisser une porte ouverte au repentir ; on n'a fait que l'entrebâiller. « Pourquoi, disait M. Baragnon au Sénat, cet époux divorcé d'abord, puis remarié, puis de nouveau libre, ne serait-il pas dans le même état que celui qui, divorcé, ne s'est pas remarié ? » (*Officiel*, 8 juin 1884, p. 1051). M. Bérenger lui répondait que ce serait « après avoir favorisé l'inconstance dans le mariage par le divorce, encourager l'inconstance dans le divorce même ». Ce mot heureux l'emporta, mais on aurait dû alors limiter le nombre des divorces qu'un même individu serait autorisé à demander, car pourquoi restreindre la prohibition à ce cas spécial où elle est moins souhaitable qu'ailleurs ? Quoi ! il me sera permis de divorcer et de me remarier autant de fois que les longueurs des formalités me le permettront et je ne pourrai pas retourner vers mon premier

conjoint ! Il se pourrait bien pourtant que ce premier époux, que l'on défend de réépouser, soit dans la pensée de beaucoup de spiritualistes le seul vrai, l'unique. C'est peut-être la croyance du grand nombre de Français qui acceptent l'enseignement de l'Eglise catholique. Psychologiquement même cela paraît démontré (Hervieu, *Le dédale* ; Bernstein, *Le détour*) que quelques femmes romanesques, trouvant leur mari pot-au-feu, s'en séparent, hypnotisées par le prestige de l'amant, qui doit enfin leur donner le bonheur qu'elles rêvent. Mais bientôt désabusées elles reviennent au premier foyer conjugal où elles ont laissé un époux plein de bonté, sinon d'esprit et peut-être un enfant.

D'un autre côté, puisque le même article 295 *in fine* décide que « après la réunion des époux, il ne sera reçu de leur part aucune nouvelle demande de divorce pour quelque cause que ce soit, autre que celle d'une condamnation à une peine afflictive et infamante prononcée contre l'un d'eux depuis leur réunion », ne trouverait-on pas dans cette réunion le moyen de fixer définitivement dans les liens du mariage deux époux inconstants ?

Les frères Margueritte maintiennent l'article 295 dans leur proposition de loi (art. 42), déposée sur le bureau de la Chambre des députés par M. Gustave Rivet, député de l'Isère, en octobre 1902. M. Naquet a proposé sa suppression. Nous souhaitons sa disparition de nos Codes.

Cependant il existe, quelle est sa sanction ? Uniquement l'amende prononcée contre l'officier de l'état civil

par l'article 194 du Code pénal : les raisons qui l'ont fait admettre sont si peu solides, et l'intérêt social qui s'y rattache si insignifiant, que l'on se refuse généralement à lui reconnaître le caractère d'empêchement dirimant (Huc, t. II, n° 396 ; Toullier, t. I, n° 651 ; Aubry et Rau, t. V, § 463, p. 82 ; Demolombe, t. I, n° 339, etc. — *Contrà* : Planiol, t. I, n° 1002).

B. — A part le cas que nous venons d'examiner et qui, somme toute, n'est pas susceptible de se reproduire souvent, les époux divorcés peuvent se réunir. Bien entendu « une nouvelle célébration du mariage sera nécessaire » ; l'on ne devra omettre aucune des formalités ordinaires. On demande si le délai de dix mois entre la dissolution du premier mariage et la célébration du second doit être observé. La question n'a pas grand intérêt depuis le nouvel article 296, qui fait courir les trois cents jours de délai du jour du premier jugement rendu dans la cause ; ils se seront le plus souvent écoulés, ou à peu près, au moment de la transcription. Cependant si, la procédure ayant marché avec rapidité, il restait encore quelques jours à courir, devrait-on attendre leur expiration ? Devant les termes généraux de l'ancien article 296, plusieurs auteurs répondaient affirmativement (Coulon, t. V, p. 33 ; Baudry-Lacantinerie, p. 61) ; mais la nouvelle loi ayant montré son intention de ne s'occuper, au cas de divorce, que du danger de confusion de part, on doit décider qu'il n'y a pas lieu de s'inquiéter des délais : la confusion de part n'étant pas possible. Il

y avait déjà, avant le 16 juillet 1907, quelques opinions dans notre sens (Carpentier, t. I, p. 261 ; Vraye et Gode, p. 107).

C. — Mais l'article 295 contient encore une nouvelle restriction aux secondes noces : § 2. « Les époux ne pourront adopter un régime matrimonial autre que celui qui réglait originairement leur union. » Les motifs nous en sont exposés par le rapporteur : « La seconde question qui nous est posée, disait-il au Sénat, est relative aux conventions matrimoniales. En proposant de rendre à cet égard une liberté complète aux époux, l'honorable M. de Gavardie risque de donner une prime au divorce. On serait amené à divorcer pour changer son contrat de mariage. Ce serait la conséquence de sa proposition, et c'est pour qu'on ne puisse pas arriver à cet abus que la commission, avec beaucoup de raison selon moi, a dit à nos collègues de la droite : vous voulez qu'on puisse revenir au premier mariage, et vous le voulez par des scrupules que nous comprenons ; soit, mais à une condition : c'est que la faculté de retourner à l'époux du premier mariage, après la dissolution du second, ne puisse devenir un moyen de modifier les conventions matrimoniales premières..... On pourrait ainsi arriver à porter atteinte au droit des tiers. » Ainsi, luttant pied à pied contre les partisans du droit absolu de réunion, la commission parvint à faire admettre, après la disposition hybride de l'alinéa 1^{er}, celle non moins critiquable de l'alinéa 2.

Que l'idée de divorcer, dans le but unique de changer leur contrat de mariage, puisse naître dans l'esprit de deux époux, cela nous paraît purement chimérique. Quelque habitude que nous prenions du divorce, et tant qu'il ne pourra s'accomplir par simple dissentiment mutuel ou incompatibilité de caractère, il restera un sujet de scandale parmi nous. Il résulte, en effet, d'un procès, dans lequel l'un des époux articule contre son conjoint des faits graves, ce qui, en soi-même est déjà considéré comme une injure ; la vie du ménage et les secrets de l'alcôve conjugal sont exposés aux yeux de tous. Enfin, après une procédure longue et coûteuse, la sentence est prononcée contre le coupable, qui subit quelques déchéances et naturellement, devant l'opinion publique, une diminution de son *existimatio*. Non, lorsque l'on se résout à employer un pareil moyen, c'est pour se débarrasser — et pour toujours — d'un compagnon ou d'une compagne que l'on hait.

Mais s'il est établi que les conventions matrimoniales originaires sont gênantes, en décréter le rétablissement obligatoire c'est mettre obstacle à une réunion des époux qui serait souhaitable. Les fiancés, on le sait, prêtent peu d'attention à leur contrat de mariage, c'est l'affaire des parents. Ceux-ci, malgré leur plus grande expérience et poussés par le désir très marqué de sauvegarder la dot de leur enfant, peuvent très bien ne pas apercevoir toutes les conséquences de l'adoption d'un certain régime. Nos régimes matrimoniaux et leurs combinaisons sont très

compliqués : il ne suffit pas toujours de la patience d'un notaire pour les rendre clairs à l'esprit de personnes peu habituées aux délicatesses juridiques. Puis la roue de la fortune tourne et les conventions, qui cadraient admirablement avec telle situation, sont préjudiciables à telle autre. Dans les classes peu aisées on recule devant la dépense d'un contrat dont on ne voit pas l'importance, et l'on se trouve alors mariés sous le régime de la communauté, qui, pour avoir été pendant longtemps le symbole matériel de l'unité conjugale, n'en est pas moins peu en harmonie avec nos mœurs actuelles : la loi du 15-16 juillet 1907, sur le salaire de la femme, en est la preuve.

Si cependant le dogme, aujourd'hui attaqué, de l'immutabilité des conventions matrimoniales doit être conservé pendant le mariage, vu la difficulté de trouver un moyen commode de publicité pour avertir les tiers, il n'y avait aucune raison pour l'étendre à notre cas : la publicité était tout inventée. Le divorce n'est pas clandestin : les époux auront vécu séparément, leur mésintelligence aura fait un certain bruit parmi leurs relations, peut-être un extrait du jugement aura paru dans les journaux. S'ils se remarient, on en parlera encore davantage, la chose étant plus rare ; ils devront faire procéder à une nouvelle célébration, avec l'accompagnement ordinaire des publications ; leur nouvel acte de mariage portera mention de leur nouveau contrat. Quelle publicité plus étendue peut-on attendre ? Quel tiers pourrait être trom-

pé? Peut-être celui qui aurait traité avec les époux dans un temps très éloigné et qui les retrouverait plusieurs années après, sans avoir entendu parler d'eux dans l'intervalle. Mais si le fait se produisait, cet étranger qui a eu si peu de rapport avec le ménage ne serait-il pas impardonnable de ne pas se renseigner? Son intérêt peut-il un instant être mis en balance avec l'intérêt supérieur qui demande la réunion des époux? D'ailleurs, ce tiers lui-même n'est pas protégé pour si peu que l'on autorise les époux, en se réunissant, à toucher à leur contrat de mariage : la femme se constitue-t-elle une dot plus forte, la fait-elle porter sur un immeuble différent, le tiers se trompera inévitablement, s'il ne prend pas d'informations.

Enfin, malgré la prohibition, on peut se demander si les tiers sont vraiment protégés.

Il s'écoulera nécessairement, entre la dissolution du premier mariage et la célébration du second, un certain laps de temps pendant lequel les époux seront étrangers et parfaitement capables de contracter, soit entre eux, soit avec les tiers, dans les termes du droit commun. Ils pourront, s'ils le désirent, se faire des donations irrévocables ; changer la consistance de leurs biens ; convertir leurs immeubles en meubles, qui échapperont plus facilement aux créanciers ; placer toute leur fortune en voyage. Si l'un des époux reçoit une succession mobilière et si on lui impose la communauté légale dans un second contrat, il pourra auparavant acheter un immeuble pour

le conserver en propre. En un mot, comme il est impossible d'effacer cette période intermédiaire — le second mariage n'ayant pas d'effet rétroactif — les époux divorcés auront la liberté d'entrer dans toutes les combinaisons propres à frauder leurs créanciers. Ceux-ci n'auront guère que la ressource de l'article 1167, et, comme la fraude ne se présume pas, ils devront la prouver, ce qui exigerait un contrôle incessant et à peu près impossible sur la fortune de leurs débiteurs.

Il serait d'ailleurs presque toujours inutile aux époux de recourir à un moyen aussi extrême que le divorce : une séparation de biens principale, ou une séparation de corps ferait, dans bien des cas, tout aussi bien leur affaire.

Mais voici qu'ils se remarient. S'ils ne font pas de nouveau contrat, les termes, dont se sert l'article 295, font supposer qu'ils se trouveront légalement mariés sous le régime adopté dans leur premier contrat. Ce contrat ne revivra pas en entier : cela résulte des travaux préparatoires. On fit remarquer « qu'il pourrait être impossible de faire revivre les mêmes conventions matrimoniales parce que les conditions, dans lesquelles la nouvelle union était contractée, pouvaient être entièrement différentes ». On aurait donc pu dire qu'elles seraient conservées autant qu'il serait possible. Mais une pareille disposition aurait donné lieu dans la pratique à des situations inextricables. Seuls les mots « conventions matrimoniales » furent changés, dans la rédaction

définitive, par le mot « régime ». Une certaine latitude a donc été volontairement accordée aux époux ; jusqu'où va-t-elle ? Il semble que l'on doive s'en tenir à dire que s'ils ont adopté un des quatre grands régimes ou formules-types établis par le Code, cette même formule, telle qu'elle est réglée par la loi, doit encore les régir, mais que les clauses particulières, qui ne sont pas de l'essence même du régime, ne doivent pas subsister. Par exemple, un ménage, marié une première fois sous le régime de la communauté avec une clause d'ameublement, sera, en cas de réunion sans contrat, placé sous le régime de la communauté légale, telle qu'elle est établie par les articles 1401 et suivants du Code civil. La clause d'ameublement ne change pas le régime.

Il y a cependant des clauses qui modifient le régime beaucoup plus profondément que celle de l'ameublement : l'exclusion des dettes, la réduction aux acquêts, par exemple. Cela peut équivaloir pour les tiers à un changement de régime et leur être tout aussi préjudiciable. Nous ne croyons pas qu'il faille faire de distinction : sans doute la loi a exprimé l'intention de protéger les tiers, mais elle a non moins clairement manifesté le désir de laisser les époux remariés changer les clauses de leur contrat suivant la consistance nouvelle de leur fortune, à condition de ne pas changer de régime. Et par régime la loi entend toujours : la communauté, le régime sans communauté, la séparation de biens et le régime dotal ; donner un autre sens à ce mot c'est verser dans l'arbi-

traire. Cela a l'avantage d'être clair ; tandis que si l'on essaie de pousser plus loin, on en arrivera à dire, comme Demante et Colmet de Santerre (t. I, n° 364 *bis*), que le régime est le résultat de l'ensemble des conventions matrimoniales, ce qui va exactement contre l'esprit de la loi qui a distingué, en l'espèce, entre « conventions matrimoniales » et « régime ».

Dans des cas différents, les quatre grands régimes du Code pourront donc se trouver sous-entendus. Comme conséquence, on pourra voir un régime dotal sans dot, puisque la simple déclaration faite par les époux, qu'ils se soumettent au régime dotal, ne suffit pas pour frapper de dotalité tous les biens de la femme ; qu'il n'y a de dotaux que les biens auxquels ce caractère a été attribué par le contrat de mariage (art. 1541 et Cass., 12 janvier 1904, *Pand. fr.*, 04.1.397). Ici il n'y a pas de contrat, mais simplement une disposition de la loi qui, dans ce cas spécial, impose le régime dotal comme régime légal. Si les époux font un nouveau contrat, la femme aura la liberté de se constituer en dot tel immeuble, telle catégorie de biens, tous ses biens comme il lui plaira.

Notons que, en l'absence d'un second contrat, ces solutions ne valent qu'en ce qui concerne les droits des époux entre eux, ou à l'égard de ceux à qui ils ont déclaré avoir fait un contrat lors de leur première union. En effet, à la question de l'officier de l'état civil s'il a été fait un contrat de mariage (art. 75), les époux répondront : non. Par conséquent la femme sera réputée, à l'é-

gard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun (art. 1391). Un divorce suivi d'un nouveau mariage sans contrat permettra de se moquer de l'inaliénabilité dotale.

Inversement nous devons admettre que les époux dans leur second contrat pourront admettre toutes clauses modificatives, à condition que le régime adopté dans le précédent contrat ne soit pas défiguré.

Si toutefois ils adoptaient un régime différent, qu'arriverait-il ? On doit admettre la nullité parce que l'article 295 n'est qu'une extension du principe exprimé dans l'article 1395, qui consacre l'immutabilité des conventions matrimoniales. Or, quoique ne prononçant pas expressément la nullité, on admet en doctrine et en jurisprudence que ce dernier article est sanctionné par la nullité absolue et d'ordre public (Cass., 28 mars 1866, S. 66.1.217 ; 26 mars 1867, S. 67.1.215 ; 23 juin 1887, S. 90.1.291). A la demande de tout intéressé, le second contrat serait déclaré nul, et les époux, loin de tomber dans le régime de la communauté légale, seraient soumis au régime adopté dans leur premier contrat, tel que nous l'avons ci-dessus exposé.

Les questions que nous venons de toucher, très peu discutées en doctrine à cause de leur peu d'application, n'ont donné lieu à aucun arrêt. Si elles étaient susceptibles de débats nombreux devant les tribunaux, la jurisprudence serait assez perplexe et nous en aurions pour de longues années de décisions contradictoires. Tel quel

l'article 295 ne protège personne, il est en contradiction avec la loi du divorce, il ne peut que troubler la jurisprudence. Si l'on tombe d'accord que la réunion des époux divorcés est souhaitable — et nous n'en doutons point — il faut faire bon marché de tout cet article, et n'en conserver, si l'on veut, que le dernier alinéa, qui condamne les époux réunis à ne plus divorcer.

4^o *De la condition de viduité.* — Il arrive qu'un époux fasse à son conjoint une libéralité sous condition de ne pas se remarier : cette condition de viduité se rencontre quelquefois dans les testaments. Le sentiment qui a pu pousser le prémourant à prendre une telle décision est tantôt le désir de conserver à ses enfants tous les soins d'un parent dévoué, tantôt celui de protéger son épouse d'une santé délicate ou trop facilement émotionnable ; c'est aussi parfois cette sentimentalité excessive assez familière à certaines âmes et que nous retrouvons avec surprise chez l'apôtre du socialisme, Proudhon. Il écrivait le 30 décembre 1863 : « Si je pouvais, après ma mort, apprendre que ma veuve a convolé en secondes noces, je me relèverais de ma tombe, comme le fantôme de la légende, pour venir punir l'infidèle » (Lettre citée par l'avocat général Desjardins à la Cour de cassation le 24 juillet 1894).

Nous avons vu qu'Auguste s'était déjà occupé de cette habitude fort ancienne pour, en fait, la supprimer (*lex Miscella*). Les empereurs chrétiens, suivis par notre ancienne jurisprudence, la déclarèrent valable ; les lois de

la période intermédiaire la réputaient non écrite. Est-elle encore aujourd'hui illicite ou immorale ? Dans ce cas on devrait lui appliquer l'article 900 du Code civil : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire, les conditions impossibles, celles qui seront contraires aux lois ou aux mœurs seront réputées non écrites. » Toutefois, ajoute la jurisprudence depuis 1863, la nullité de la condition entraînerait la nullité du legs ou de la donation, si cette condition avait été le motif impulsif et déterminant de la libéralité (Cass., 3 juin 1863, D. 63.1.429). C'est une application de la théorie de la cause.

La condition de viduité est illicite, pense Laurent (t. XI, n° 440), car l'article 900 a maintenu la substance des lois de 1791 et de l'an II. Peu importe du reste qu'elles soient abrogées ou non, elles servent encore d'interprétation à cet article. Elles sont l'expression des idées et des sentiments de la société moderne. Il s'agit de garantir les principes de 89. Cette condition est une atteinte portée à la liberté individuelle (en ce sens, Huc, t. VI, p. 91).

La jurisprudence n'est pas du tout de cet avis. Les lois des 5 brumaire et 17 nivôse an II sont abrogées et il n'existe plus de texte de loi pour prohiber la condition de viduité (Cass., 18 mars 1867, D. 67.1.332). Quant à violer l'esprit de la loi, elle ne serait illicite que si elle défendait de faire ce que la loi ordonne, ou obligeait à faire ce que la loi réprouve. Or, aucun texte n'oblige la femme ou le mari à se remarier, au contraire, le Code voit avec défaveur les secondes noces, puisqu'il frappe

de certaines déchéances le conjoint qui se remarie. Nous sommes d'accord.

Mais, tout au moins, la condition dont nous parlons n'est-elle pas immorale ? Non, dit la Cour de cassation, elle n'est pas en principe immorale ; elle le deviendrait si le testateur avait été poussé par des motifs répréhensibles. En conséquence, le 22 décembre 1896 (D. 98.1. 537), elle a cassé un arrêt de la Cour de Caen du 24 juillet 1894, qui avait trouvé immorale la condition imposée à une veuve de vingt ans de ne pas se remarier.

Voulez-vous donc juger de la moralité d'un fait, scrutez l'intention de celui qui l'accomplit. Certaines personnes objecteront que l'intention peut bien augmenter ou atténuer la culpabilité de l'agent, mais que le résultat n'en reste pas moins condamnable ou digne d'éloges : on peut vous tuer avec les meilleures intentions du monde et aussi accomplir une action d'éclat poussé par des motifs peu élevés. C'est possible, dira la Cour, mais chacun est libre d'adopter la formule morale qui lui plaît ; c'est quelque chose d'essentiellement changeant suivant le temps, les auteurs et les tribunaux.

Cependant, qu'est-ce que la morale ? c'est l'art de bien se conduire, *ars bene recteque vivendi*. Comment doit-on se conduire ? Suivant l'intérêt social, *Salus populi suprema lex esto*. Bentham et Helvétius semblent l'avoir démontré au XVIII^e siècle ; c'était l'esprit de la Révolution. En tout cas c'est une règle qui pourrait être admise sans difficulté par un organisme qui rend la justice au

nom du peuple français. Dès lors, s'il n'est pas illicite de ne pas se marier ou remarier, c'est au moins immoral, car l'intérêt commun exige que chacun fasse son possible pour donner des enfants à l'Etat. Les malthusiens sont à notre époque des ennemis publics. La condition de viduité va donc contre la morale puisqu'elle pèse sur la volonté d'un individu qu'elle oblige, jusqu'à un certain point, à ne pas remplir son devoir moral.

Néanmoins il pourra se faire que la société ne soit aucunement intéressée à certains mariages, à ceux des syphilitiques ou des vieillards. En conséquence, nous retournerons la proposition de la Cour de cassation : en principe, la condition de viduité est immorale et doit être déclarée non écrite ; il peut y avoir des cas où elle ne sera pas immorale et pourra être tenue pour valable.

Mais que faire contre une jurisprudence trop bien établie ? On ne pourra même pas déplorer le manque d'esprit public de nos magistrats sur ce point tant que la loi elle-même restera hostile aux seconds mariages. La Cour, on ne peut le nier, juge exactement selon l'esprit du Code (1).

(1) Si la Cour de cassation garde toujours le pouvoir de casser les arrêts et jugements pour fausse interprétation de l'article 900, les tribunaux peuvent en toute sécurité effacer la condition de viduité en se basant sur l'appréciation des motifs. Ceci est un point de fait laissé à la prudence du juge.

CHAPITRE III

LES DÉCHÉANCES.

Notre loi frappe de certaines déchéances le conjoint qui se remarie. L'hostilité traditionnelle a été fortifiée et quelquefois justifiée par d'autres idées. On a eu principalement en vue la protection des enfants du premier lit ; nous verrons dans le prochain chapitre tout ce qui s'y rattache. Ensuite le législateur a trouvé choquant que la fortune d'un premier époux puisse servir à l'entretien d'un second. Enfin, après avoir édicté l'article 214, suivant lequel le mari est obligé de fournir à sa femme tout ce qui lui est nécessaire pour les besoins de la vie, il s'est reposé là-dessus sans se douter que les ressources du mari pouvaient être limitées et peut être nulles. De là plusieurs dispositions du Code et de quelques lois subséquentes.

Etudions successivement : 1^o le convol de la belle-mère ; 2^o la déchéance qui frappe le conjoint de la victime d'un accident du travail ; 3^o la perte de la jouissance des droits d'auteur ; 4^o celle des avantages successoraux de l'article 767 du Code civil.

1^o *Convol de la belle-mère.* — L'article 205 du Code civil établit entre enfants et ascendants le droit récipro-

que de se réclamer une pension alimentaire dans la limite de leurs forces et de leurs besoins. L'article 206 ajoute : « Les gendres et belles-filles doivent également, et dans les mêmes circonstances, des aliments à leurs beau-père et belle-mère ; mais cette obligation cesse : 1^o lorsque la belle-mère a convolé en secondes noces ; 2^o lorsque celui des époux qui produisait l'affinité et les enfants issus de son union avec l'autre époux sont décédés. »

Qu'entend-on par belle-mère et beau-père ? Le texte s'applique-t-il à la *noverca* ? au *vitricus* ? Non. « Tenez pour certain, écrivait Demolombe (liv. VI, t. V, c. 6), que l'obligation alimentaire n'existe pas entre les parâtres ou marâtres et filiâtres. » Le texte s'y refuse, car la *noverca* peut bien appeler la fille du premier lit belle-fille, mais elle n'appellera pas le fils son gendre. Primitivement d'ailleurs le texte portait : les enfants doivent également des aliments à leurs alliés dans la même ligne. Il fut changé sur l'observation de Tronchet au Conseil d'Etat (Locré, t. IV, p. 388). Dans les deux situations l'affinité est pourtant la même, mais dans le cas du *vitricus* ou de la *noverca* elle résulte d'un second mariage que le législateur voit d'un mauvais œil.

Il y a plus, quand l'obligation alimentaire existe, elle cesse lorsque l'époux qui produisait l'affinité est mort sans laisser d'enfants — c'est une application du vieil adage : morte ma fille, mort mon gendre — et encore lorsque la belle-mère convole en secondes noces.

Le mariage éteint-il ordinairement le droit aux ali-

ments ? Non, mais il peut avoir une influence indirecte. Pour qu'il y ait lieu à une pension alimentaire il faut et il suffit que le parent qui la réclame soit dans le besoin et que le parent à qui on la demande ait des ressources suffisantes pour la lui fournir. Dans la limite de ces besoins et de ces ressources la pension varie. Si donc le parent pauvre revient à meilleure fortune elle n'aura plus de raison d'être ; c'est ce qui arrivera généralement au cas de mariage. Mais cela ne se produit pas nécessairement : une personne dans la misère peut en épouser une autre dans la même situation. Pourquoi donc la loi prive-t-elle, immédiatement et sans distinguer, la belle-mère du droit de réclamer une pension à son gendre ? Simple défaveur, pénalité des secondes noces. Aussi cette déchéance doit-elle s'interpréter strictement et l'opinion générale est qu'on ne doit pas l'appliquer au beau-père. Pour justifier cette différence on pourrait dire que la femme qui se remarie ne s'appartient plus à elle-même, que la pension devrait, en général, être versée entre les mains du second mari, qui en aurait la disposition et peut-être le profit. Le beau-père, au contraire, sera le chef de sa nouvelle famille et se servira de sa pension comme il lui plaira.

Cependant cette explication ne suffit pas, car alors la belle-mère devrait être privée de toute pension alimentaire, tandis qu'elle ne perd pas le droit de réclamer des aliments à sa fille, de sorte que son gendre sera indirectement atteint (Poitiers, 25 novembre 1824, S. 25.2.304).

Par conséquent la disposition de l'article 206 reste comme le meilleur exemple de cette tradition, qui, sous l'ancien régime, a produit l'ordonnance de Blois.

On s'est demandé si le gendre et la bru conservent le droit de demander des aliments à la belle-mère remariée ? L'article 207 paraît formel : « Les obligations résultant de ces dispositions (art. 205 et 206) sont réciproques. » Le texte ne fait aucune distinction et puisqu'il s'applique, sans contredit, au cas visé sous le n° 2 de l'article 206, il s'applique également à celui visé sous le n° 1 (Demolombe, t. I, n° 89 ; Delvincourt, t. I, p. 87 ; Demante, t. I, n° 289 *bis*). Un fort parti dans la doctrine est d'avis contraire (Duranton, t. II, n° 420 ; Zachariae, Aubry et Rau, t. IV, p. 622 ; Planiol, t. I, n° 671). L'article 207, dit-on, n'établit la réciprocité que pour les obligations et non pour les cas où elles cessent. La disposition de l'article 206 est une déchéance qui ne doit pas atteindre le gendre et la bru par un fait qui leur est étranger. Du reste une déchéance est d'interprétation stricte.

Par ce même argument nous déciderons que si c'est la bru qui se remarie et s'il existe encore des enfants du premier mariage, elle ne perdra pas le droit de réclamer des aliments à ses beaux-parents. Il n'y a pas de texte pour juger autrement.

Quant à la belle-mère, la déchéance qui la frappe est définitive et si son second mariage se dissout, son droit ne revivra pas. Il en serait autrement si la seconde union était annulée, car elle serait alors censée n'avoir jamais convolé.

2^o *Déchéance qui frappe le conjoint de la victime d'un accident du travail.* — Reproduisons le paragraphe 5, article 3, de la loi du 9 avril 1898, qui n'a pas été modifiée sur ce point : « Lorsque l'accident est suivi de mort, une pension est servie aux personnes ci-après désignées, à partir du décès, dans les conditions suivantes : a) une rente viagère égale à 20 pour cent du salaire annuel de la victime pour le conjoint survivant non divorcé ou séparé de corps, à la condition que le mariage ait été contracté antérieurement à l'accident. En cas de nouveau mariage, le conjoint cesse d'avoir droit à la rente mentionnée ci-dessus ; il lui sera alloué, dans ce cas, le triple de cette rente à titre d'indemnité totale. » Il est évident que des veuves surtout auront à subir cette déchéance, car les femmes sont en général moins exposées que les hommes aux accidents mortels dans leur travail. Ainsi donc un ouvrier gagnant 2.400 francs par an (un peu moins de 8 francs par jour) est tué par suite de l'éclatement d'une chaudière ; sa veuve recevra une pension de 480 francs par an, soit 120 francs par trimestre. Qu'elle se remarie, aussitôt on lui versera une indemnité totale et définitive de 1.440 francs. Nous n'ignorons pas que certaines ouvrières préféreront toucher immédiatement près de quinze cents francs, qui leur permettront d'organiser leur nouveau ménage. Mais il est également sûr que celle qui réfléchira préférera continuer à toucher la petite pension qui lui donne un peu plus d'aisance, qui peut-être lui permettra de se retirer dans son village natal,

en tous cas, lui assurera le pain de sa vieillesse. Il est facile d'en conclure que si elle éprouve quelque sentiment pour un autre homme, de peur de perdre sa pension, elle se gardera de passer à la mairie et se contentera de vivre en concubinage. Il est si facile de passer dans une grande ville pour mariés lorsqu'on ne l'est pas. Ces situations sont excessivement fréquentes dans les milieux ouvriers. Qu'y faire si, de par la loi, on y trouve des avantages ? *Virtus laudatur sed alget.*

3^e *Perte de la jouissance des droits d'auteur.* — Le Code avait oublié le conjoint survivant, grâce à une distraction de Treilhard le 9 nivôse an XII, que ses collègues ne relevèrent pas. Lui permettre, en effet, de succéder à son époux lorsque ce dernier ne laisserait pas de parents jusqu'au douzième degré, c'était lui attribuer un droit qui ne devait pas trouver souvent l'occasion de s'exercer. Et pourtant notre ancien droit, dans le Nord et dans le Midi, avait établi des gains de survie, qui permettaient à la veuve, moins capable autrefois qu'aujourd'hui de gagner sa vie, de ne pas être obligée de mendier son pain après avoir vécu dans l'opulence. Aussi songea-t-on d'assez bonne heure à porter remède à cette situation. La réforme générale ne devait s'opérer qu'en 1891, mais plusieurs lois furent promulguées dans l'intervalle, qui accordèrent des droits au conjoint, au moins dans certains cas. De ce nombre est la loi du 14 juillet 1866.

Elle porte à cinquante ans la durée des droits établis par les lois antérieures au profit des ayants droit des

auteurs, compositeurs et artistes. Puis elle ajoute, § 2 : « Pendant cette période de cinquante ans, le conjoint survivant, quel que soit le régime matrimonial, et indépendamment des droits qui peuvent résulter en faveur de ce conjoint du régime de la communauté, a la simple jouissance des droits dont l'auteur prédécédé n'a pas disposé par acte entre vifs ou par testament. » Le conjoint survivant d'un auteur se voit donc gratifier, indépendamment des avantages qui peuvent résulter pour lui de son contrat de mariage ou du régime légal, d'un droit tout à fait spécial et exorbitant, pour l'exercice duquel il prime même les enfants légitimes du défunt. Par « simple jouissance » il faut entendre un droit d'usufruit qui portera sur la totalité des droits d'auteurs, dont les éditions successives seront les fruits et dont la nue propriété appartiendra aux héritiers du *de cujus*. « Toutefois, ajoute la loi, si l'auteur laisse des héritiers à réserve, cette jouissance est réduite, au profit de ces héritiers, suivant les proportions et distinctions établies par les articles 913 et 915 du Code Napoléon. » Au surplus le conjoint n'est pas lui-même réservataire : l'artiste est toujours libre de le priver des avantages que lui confère la loi en léguant ses œuvres à un musée, à l'Etat, à un ami, à un de ses enfants. Mais, à défaut de manifestation particulière de volonté, il y a là pour les droits d'auteur des règles successorales particulières que l'on devra leur appliquer, tandis que le reste de la succession sera dévolu suivant les règles de droit commun. La loi du 9 mars 1891

n'y a rien changé : cela résulte clairement du rejet de l'amendement Bozérian, déposé le 2 décembre 1890, qui tendait à mettre en harmonie la jouissance des droits d'auteur avec les dispositions que l'on était en train d'élaborer. M. Lacombe rappelait, au nom de la commission du Sénat, qu'il était de principe que les lois générales ne dérogeaient pas aux lois spéciales, qu'il n'y avait donc pas lieu d'établir une conciliation entre les deux lois, qui recevraient simultanément leur application. Il résulte qu'on ne pourrait confondre l'usufruit des droits d'auteur avec les libéralités qui doivent s'imputer sur les avantages faits au conjoint par la loi de 1891, mais que les deux bénéfices doivent se cumuler.

Le rapporteur de 1866 expliquait ainsi les raisons de cette disposition, qui paraît aujourd'hui exagérée à beaucoup de bons esprits : « La compagne de l'homme de génie lui prête l'assistance d'un cœur droit et d'un esprit élevé. Par ses vertus, elle rend plus facile l'œuvre de celui dont elle partage les déceptions et les triomphes, c'est la première dépositaire de sa pensée, c'est la gardienne la plus pieuse de sa mémoire et des ouvrages pour lesquels elle est devenue en quelque sorte son associée et sa coopératrice ». Daudet dans ses *Femmes d'artistes* nous raconte une tout autre histoire, et pour ne parler que des anciens, on peut se demander quel profit Molière retira de la société de la Béjard, qu'elle contribution apporta Terentia au beau talent de Cicéron, si ce n'est d'exercer cet homme doux à l'invective. Mais tenons-

nous au tableau charmant du rapporteur : il ne s'occupe pas des femmes de lettres, un peu moins communes de ce temps que du nôtre. Cependant, à l'encontre du décret de 1810 et de la loi du 8 avril 1854, qui ne parlaient que du droit des veuves, la loi de 1866, en se servant du mot « *conjoint survivant* », accorde les mêmes droits aux maris des femmes-auteurs.

Cette jouissance cesse « au cas où le conjoint contracte un second mariage » (§ 4). La propriété littéraire, comme on l'appelait autrefois, était considérée comme la plus intime ; à l'encre qu'elle a fait couler on peut la tenir pour la plus chère au cœur de l'homme. Le législateur a donc trouvé choquant qu'elle profitât au remplaçant de la personne de génie ; il a pensé que cette dernière tiendrait absolument à ce que son conjoint gardât éternellement son deuil. Cette présomption est vraie dans quelques cas — elle a dû l'être surtout pendant tout un siècle où les écrivains ont cultivé leur *moi* — mais elle ne le sera pas toujours. Si l'on objecte que les grands hommes ont plus besoin d'être pleurés que les gens du commun, c'est notre avis — nous les honorons autant que purent le faire Fichte, Carlyle ou Emerson — mais nous avons pour nous les rappeler le marbre, le bronze et leurs œuvres et ne voyons pas la nécessité d'une statue vivante de la douleur. Ils sont d'ailleurs principalement grands au point de vue public, mais dans la vie privée furent-ils des modèles ? Les artistes et les écrivains célèbres n'ont pas en général brillé par leurs vertus domestiques. Dès lors

pourquoi condamner leurs veuves à jouer les Andromaq-ues à la ville ? Ce rôle fatigant manquera de naturel. Notez que ces illustres conjoints pouvaient fort bien n'avoir pas d'enfants et ainsi les droits d'auteur, qui échapperont à « l'associée », à « la coopératrice » seront peut-être dévolus à des parents du douzième degré.

Ajoutons que si les époux étaient mariés sous le régime de la communauté, le survivant ne perdrait pas tout en se remariant. En effet, suivant la loi française tous les biens sont meubles ou immeubles (art. 516) : il faut nécessairement classer les droits d'auteur dans une de ces catégories et naturellement parmi les meubles. Or les meubles tombent en communauté et sont divisés par moitié à la dissolution du mariage. Dans ce cas le conjoint possédera une moitié des droits d'auteur en pleine propriété et ne perdra par un nouveau convol que l'usufruit de l'autre moitié. Il est possible encore qu'il les conserve en entier comme seul héritier du défunt, et, plus habituellement, comme les ayant reçu par donation ou testament sans condition de viduité.

Perte des avantages successoraux de l'article 767 du Code civil. — Si nous passons au droit commun, il est régi par l'article 767 du Code civil, qui, dans sa teneur actuelle, date de la loi du 9 mars 1891. On sait que son élaboration fut pénible, puisque le projet en avait été déposé par M. Delsol en 1872. Il fallut consulter la Cour de cassation, les Cours d'appel et les Facultés de droit pour arriver à décider que le conjoint survivant ne rece-

vrait jamais de biens en pleine propriété si ce n'est lorsque le *de cujus* ne laisserait pas d'héritiers jusqu'au douzième degré — c'étaient les termes du Code — mais qu'en concours avec d'autres héritiers il n'aurait droit qu'à un usufruit qui porterait sur la moitié de la succession si le défunt ne laissait pas d'enfant et sur le quart dans le cas contraire. De plus, lorsqu'il existerait encore des enfants d'un précédent mariage, cet usufruit varierait avec leur nombre, car il ne pourrait être supérieur à une part d'enfant légitime le moins prenant.

Remarquons que si le calcul s'opère « sur une masse faite de tous les biens existant au décès du *de cujus*, auxquels seront réunis fictivement ceux dont il aurait disposé, soit par acte entre vifs, soit par acte testamentaire, au profit de successibles sans dispense de rapport », — depuis la loi du 24 mars 1898, les legs sont considérés comme préciputaires, sauf manifestation de volonté contraire de la part du testateur, — il peut arriver que l'usufruit du conjoint ne puisse s'exercer que partiellement ou même ne puisse pas s'exercer du tout, car tous les biens qui ont servi à son calcul n'y sont pas effectivement soumis. Y échappent les biens constituant la réserve des descendants ou ascendants, les biens rapportés par les autres successibles qui ne sont réunis que fictivement à la masse, les biens légués à des étrangers et enfin ceux soumis à un droit de retour. Ainsi l'époux peut se trouver réduit à demander une pension alimentaire à la succession conformément à l'article 205 du Code civil. No-

lons encore que l'article 767, § 8, décide que cet usufruit n'aurait pas lieu lorsque le survivant « aurait reçu du défunt des libéralités, même faites par préciput et hors part, dont le montant atteindrait celui des droits que la présente loi lui attribue, et, si ce montant était inférieur, il ne pourrait réclamer que le complément de cet usufruit ».

Ce nouveau gain de survie se perd en cas de second mariage. C'était l'idée inscrite par M. Delsol dans son projet. Elle rencontra des adversaires et la Cour d'Amiens proposa de distinguer suivant qu'il y aurait ou non des enfants. On modifia dans ce sens le projet en 1877 et nous lisons aujourd'hui dans l'article 767, *in fine* : « En cas de nouveau mariage, l'usufruit cesse s'il existe des descendants du défunt. » Voilà un grand progrès sur la loi de 1866, l'usufruit ne sera pas perdu dans tous les cas et lorsqu'il le sera, des personnes pour lesquelles le défunt doit avoir beaucoup d'affection, ses enfants ou petits-enfants, en profiteront. Mais il devient difficile de dire à quelle impulsion le législateur a obéi. A-t-il voulu protéger les enfants qui par cette seconde union vont se trouver dans la situation délicate d'enfants d'un premier lit ? Mais cet événement, qui peut les atteindre directement au point de vue moral, ne lèse pas leurs intérêts pécuniaires ; si la portion qui leur a été attribuée dans la succession de leur parent décédé a été jugée suffisante auparavant, elle doit l'être encore ensuite. De plus cette disposition ne tendra-t-elle pas à empirer les sentiments défavorables que

le parâtre ou la marâtre nourrissent à leur égard ? A quoi d'ailleurs servira-t-elle si ces enfants sont mineurs de dix-huit ans et si le parent remarié retrouve sous le nom de jouissance légale l'usufruit qu'il avait perdu ? A-t-on voulu empêcher que la fortune du premier époux ne serve à l'entretien du second ménage ? Mais alors pourquoi le permettre dans un cas et non dans l'autre. En fait le législateur est parti de la seconde idée, qui avait déjà inspiré la loi de 1866 et il a cherché à atténuer ses résultats les plus choquants en se servant de la première.

En partant de l'une de ces idées plutôt que de l'autre, on pourra décider si au cas de décès des descendants le droit d'usufruit revivrait ou non. La protection des enfants a-t-elle été la pensée dominante ? Après leur mort l'usufruit doit revivre : *Cessante causâ, cessat effectus*. Mais si, comme nous le croyons, ce n'était qu'une idée secondaire, greffée là incidemment, sur une remarque de la Cour d'Amiens, l'usufruit, une fois éteint, ne renaît plus.

Il est inutile d'ajouter que si le conjoint survivant a dû se contenter de la pension alimentaire accordée par l'article 205, son droit ne disparaît pas de plein droit par un second mariage, mais il est régi par les règles ordinaires des pensions alimentaires que nous avons eu l'occasion de signaler plus haut.

On ne comprend pas davantage les hésitations de la jurisprudence, lorsque le défunt a laissé au conjoint survivant l'usufruit de ses biens sous la condition de ne

pas se remarier. Le *de cujus*, a-t-on pensé, a ainsi témoigné de sa volonté, et puisque le droit de succession repose sur la volonté présumée du défunt, on doit, dans ce cas, priver également le survivant de l'usufruit de l'article 767. Il n'est pas étonnant que cette opinion n'ait pas rencontré faveur, car tout second mariage n'a pas pour effet de faire perdre le droit d'usufruit, mais cela n'a lieu que lorsqu'il existe des descendants du défunt. Par conséquent il peut arriver que le legs soit perdu, mais que l'usufruit héréditaire subsiste (Andelys, 25 juillet 1893, *Rev. du not.*, 1894, p. 131 ; Bourges, 3 février 1896 ; D. 97.2.83 et implicitement Bourges, 2 juillet 1901, D. 1903.2.331).

Remarques sur le chapitre III. — A. — Nous devons signaler ici une victoire assez récente du féminisme. L'article 384 du Code civil accorde au père durant le mariage et, après la dissolution du mariage au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfants jusqu'à l'âge de dix-huit ans ou jusqu'à leur émancipation. Cambacérès fit admettre, le 8 vendémiaire an XI (Loché, t. III, n° 322) une distinction tendant à ce que la mère perdît cette jouissance légale par un second mariage. « Le père, disait-il, en se remariant demeure le chef de la famille, tandis que la mère par son second mariage passe dans une famille nouvelle ; ne serait-il pas injuste qu'elle portât dans une autre famille les revenus de ses enfants du premier lit et qu'elle enrichît à leur préjudice son nouvel époux ? » L'argument n'était pas neuf. La loi du 21 fé-

vrier 1906 s'est bornée à supprimer cette distinction : aujourd'hui ni le père, ni la mère ne perdent l'usufruit légal par un second mariage ; voilà l'homme et la femme sur le même pied. Il ne reste plus que la belle-mère qui soit frappée, comme nous l'avons vu, d'une déchéance qui n'atteint pas le beau-père. Cette disposition étant susceptible de bien peu d'applications, elle parviendra difficilement à émouvoir le grand public. Cependant notre commission de législation civile, qui aime à procéder par retouches, pourrait, sans crainte d'une longue discussion dans les Chambres, effacer une huitaine de mots dans l'article 206.

B. — Les déchéances qui frappent l'un et l'autre conjoint n'en subsisteront pas moins. Il faudrait d'abord détruire cette idée qu'il est injuste que la personne remariée apporte à son nouvel époux les bénéfices qui lui viennent de son premier mariage. Ce n'est pas heureusement un principe absolu de notre droit puisque nous voyons actuellement le père et la mère jouir des biens de leurs enfants mineurs de dix-huit ans même après un second mariage. Les pensions civiles et militaires attribuées à la veuve du fonctionnaire et du soldat continuent à lui être versées jusqu'à sa mort. La loi du 25 mars 1873 sur la condition des déportés à la Nouvelle-Calédonie, a accordé au conjoint, qui accompagne le condamné au lieu de l'exécution de sa peine, des droits spéciaux de succession *ab intestat*, sans le frapper d'aucune déchéance au cas de convol. Ce n'est donc qu'une opinion qui s'est

manifestée à certaines époques et a abouti aux dispositions ci-dessus étudiées, dont la dernière est de beaucoup la plus importante. Il ne s'agit pas de protéger les enfants du premier lit : cela n'a servi qu'une fois de prétexte. De plus, les droits dont nous parlons ne sont en aucun cas des droits de propriété, qui pourraient frustrer les héritiers naturels, mais de simples droits d'usufruit ou de pension viagère. Si donc le législateur estime que le conjoint mérite récompense pour les soins, la protection, les conseils qu'il a pu donner à son époux, devient-il moins méritant parce qu'il se remarie ? N'en a-t-il pas moins un droit acquis ? Il ne fait que léser une théorie spiritualiste, bien étrangère à notre monde pratique, et dont la légitimité est loin d'être démontrée. Mais si ce système est devenu dangereux de nos jours, s'il tend à priver le pays d'un capital humain, qui lui est nécessaire pour se défendre et féconder son sol, faudra-t-il le conserver comme une relique du passé ?

Car notez les conséquences : les gens divorcés, qui ne subissent aucune déchéance par suite d'un second mariage, se remarient dans de fortes proportions et, néanmoins, le nombre des secondes unions ne varie pas, en 1904 même il diminuait. Les veufs et les veuves se marient moins. Ont-ils besoin plus qu'autrefois de pleurer leur défunt époux ? Non, mais depuis 1891, s'ils n'ont pas de fortune personnelle, ils préfèrent vivre tranquillement sur l'usufruit que leur accorde l'article 767.

Faut-il mettre en parallèle la statistique de la natalité

illégitime ? A Paris, où elle est publiée toutes les semaines, on constate que le rapport entre le chiffre des enfants illégitimes et le chiffre total des naissances se fixe dans les environs du quart. La législation des secondes noces y est-elle pour quelque chose ? Il paraît difficile de le nier : mettre obstacle aux unions légitimes c'est encourager la débauche et la prostitution.

C. — Il faut encore dire quelques mots sur les droits de viduité. A la veuve commune en biens, soit qu'elle accepte, soit qu'elle renonce, l'article 1465 donne le droit, « pendant les trois mois et quarante jours qui lui sont accordés pour faire inventaire et délibérer, de prendre sa nourriture et celle de ses domestiques sur les provisions existantes, et, à défaut, par emprunt au compte de la masse commune, à la charge d'en user modérément. Elle ne doit aucun loyer à raison de l'habitation qu'elle a pu faire, pendant ces délais, dans une maison dépendante de la communauté, ou appartenant aux héritiers du mari ; et si la maison qu'habitaient les époux à l'époque de la dissolution de la communauté, était tenue par eux à titre de loyer, la femme ne contribuera point, pendant les mêmes délais, au paiement du dit loyer, lequel sera pris sur la masse ». En outre, la femme survivante peut se faire payer son deuil aux frais des héritiers du mari prédécédé (art. 1481). Ces divers droits ne devant durer que trois mois et quarante jours, la question se posera rarement dans la pratique de savoir si la femme en est privée en cas de convol, puisque le délai de

viduité établi par la loi est de dix mois. Si cependant par fraude la femme venait à se remarier avant l'expiration de ce délai, il est clair qu'elle perdrait par là même les droits de viduité. Les convenances les ont fait établir, l'inconvenance les fait perdre.

Pour la femme dotale il faut distinguer. L'article 1570 lui donne le choix ou d'exiger les intérêts de sa dot pendant l'an de deuil ou de se faire fournir des aliments pendant ledit temps aux dépens de la succession du mari. Les aliments ne sont donc, en ce cas, que la compensation donnée à la femme pour la perte des intérêts de sa dot. Elle ne les perd donc pas par un second mariage. Au contraire, l'habitation qui lui est fournie pendant une année et les vêtements de deuil (art. 1570), n'étant pas mis par la loi en corrélation avec les intérêts de la dot, n'auraient plus de raison d'être après un second mariage.

CHAPITRE IV

PROTECTION DES ENFANTS DU PREMIER LIT.

Question de principe et quelques mots sur les législations étrangères. — Doit-on protéger particulièrement les enfants du premier lit ? Certains voudraient nous persuader que c'est devenu parfaitement inutile. Pourquoi se remarie-t-on ? Mais uniquement pour donner un nouveau père aux enfants d'un précédent mariage, un père qui s'occupera de leur éducation, leur fournira les conseils de son expérience, qui, enfin, remplacera dans la famille le chef qu'elle avait perdu. Ou bien c'est un veuf avec des enfants en bas âge qui, occupé toute la journée au dehors, est obligé de les laisser entre des mains mercenaires ; la seconde épouse sera pour eux une seconde mère et leur fournira les soins qu'une mère seule sait donner. Cet argument n'est pas nouveau : il était souvent invoqué anciennement en cour de Rome pour obtenir dispense de l'empêchement au mariage résultant de la parenté. C'est dire que, dans ce cas, le second mariage était universellement approuvé. Malgré cela, l'opinion n'a pas été changée parce que la majorité des seconds mariages avait un autre motif. Les constitutions *Hædicalæ* et *Feminae quæ* répondaient, sans doute, à un besoin de leur époque ; l'édit des secondes noces eut

certainement pour cause un scandale. Quelque cent ans plus tard La Bruyère, qui connaissait son temps, écrivait : « Epouser une veuve signifie en bon français faire sa fortune » (*Caract.*, c. 6). Brodeau, vers la fin du xvii^e siècle, invoquait le témoignage de Platon, qui traite les secondes noces de calamité domestique à cause des désordres et des troubles que cette intempérance légitime apporte dans les familles. Citons encore Bretonnier : « Je me suis souvent demandé, disait-il, pourquoi, par un idiôme commun, même dans notre province, nous donnons aux parâtres et marâtres le nom de beau-père et belle-mère, dont ayant voulu chercher la cause, j'ai cru que c'était par ironie ; ou que, comme les latins appellent la guerre *bellum quod minime sit bellum*, de même nous usons par anatomasie du terme de beau où il n'y a rien de beau ni de bon ; comme s'il suffisait d'adoucir le nom pour couvrir les troubles qu'un vitric ou qu'une marâtre cause d'ordinaire... » Cet avocat n'ignorait pas que le mot marâtre n'avait pas conservé le sens strict qu'on lui trouvait dans le dictionnaire, mais que le peuple, à qui l'on ne peut refuser une certaine dose de bon sens, lui avait attaché une idée défavorable, qui le rapprochait singulièrement du mot mégère, avec laquelle il est passé en proverbe chez quelques nations (1). Aussi le Code

(1) Cette tendance se manifestait déjà à Rome et le doux Ovide disait :

« Parcite paucarum diffundere crimen in omnes,
Spectetur meritis quæque noverca suis. »

(*Ars amandi.*)

a-t-il soigneusement évité l'expression et l'on peut voir le mot belle-mère employé dans les deux sens dans des documents qui doivent se piquer d'exactitude. On lit, par exemple, dans une lettre ministérielle du 4 juillet 1836 : « Le mariage est prohibé entre la belle-mère et le fils de son mari issu d'un premier mariage. »

On a coutume de dire que les mœurs se sont adoucies ; qu'on ne peut pas prétendre que deux époux qui se disputent avec acharnement la garde de leurs enfants, pendant une instance en divorce, ne les aiment pas. Aussi bien ne le prétendons-nous pas : ce n'est pas à ce moment qu'il faut se placer, mais à celui du second mariage. Nous croyons que l'on ne se remarie pas toujours dans l'intérêt de ses enfants, mais aussi souvent pour satisfaire une inclination, d'ailleurs bien légitime. Il est alors certain que l'amour pour les enfants du premier lit et celui que l'on porte au nouvel époux, pour n'être pas directement opposés, peuvent facilement entrer en lutte. « Ce qu'une marâtre, disait le moraliste du grand siècle, aime le moins dans tout ce qui est au monde, ce sont les enfants de son mari ; plus elle est folle de son mari, plus elle est marâtre. » Qu'il naisse des enfants de la seconde union, le moindre signe d'affection de la part de l'époux binube pour sa précédente progéniture sera interprété comme une preuve de partialité :

Des droits de ses enfants une mère jalouse
Pardonne rarement au fils d'une autre épouse (PÈDRE).

On nous oppose un certain nombre de législations

étrangères. Nous ne parlons ici que du principe et non de la mesure dans laquelle il est appliqué.

En Angleterre, dit-on, les enfants d'un précédent mariage n'ont droit à aucune réserve. Mais il faut ajouter que les enfants communs n'en ont pas non plus. La liberté illimitée de tester n'est qu'un cas particulier de la liberté individuelle, qui est un principe favori de l'anglo-saxon, presque un dogme. L'Etat doit s'immiscer le moins possible dans les affaires des particuliers et ne doit porter aucune atteinte à leurs facultés : *Every man's house his castle*. Les Anglais n'ont-ils jamais remarqué l'opposition qui existe entre l'amour maternel ou paternel et l'amour conjugal dans les secondes noces ? Ce serait étonnant. La figure principale d'un des plus beaux de leurs drames est un enfant du premier lit, Hamlet. Qu'est-ce que le fantôme, qui hante le prince de Danemark sur le chemin de ronde du château d'Elseneur, sinon l'extériorisation dramatique des craintes et des soupçons qui peuvent agiter l'âme d'un filiaire ? Et dans des temps plus modernes, Dickens, le plus populaire des romanciers, qui voulut attirer la sympathie de ses compatriotes sur l'enfance abandonnée, ne s'est-il jamais servi d'un parâtre pour jeter ses petits héros sur les grands chemins ? Les malheurs qui s'abattirent sur David Copperfield, après que sa mère, qui pourtant l'aimait, eut épousé M. Murdstone, ont arraché des larmes à tous les cœurs sensibles du Royaume-Uni. Notons encore quelques dispositions de la loi. L'homme qui se marie est obligé,

dans la mesure de ses moyens, à pourvoir à la subsistance de tous les enfants de sa femme jusqu'à l'âge de 16 ans, même de ceux qu'elle a eu d'une autre union : c'est un droit aux aliments que notre législation ne reconnaît pas. De plus la *Guardianship of infants act* de 1886, a donné à la mère des droits considérables de tutelle qu'elle ne connaissait pas auparavant. Mais le tribunal exerce une surveillance très efficace sur les enfants, qui à leur majorité auront droit à quelque fortune, et lorsqu'une mère, qui a été établie tutrice, vient à se remarier, on doit nommer un nouveau tuteur, car, subissant l'influence et le contrôle de son nouveau mari, elle n'est plus capable de gérer la tutelle. On le voit la loi n'est pas tout à fait muette : c'est seulement l'amour de l'anglo-saxon pour la liberté individuelle qui a mis obstacle à de plus grands développements de la législation sur ce sujet.

Et le raisonnement s'applique avec autant de force aux Etats-Unis du Nord de l'Amérique : le Yankee est, avant tout, le fils des pionniers qui vinrent de la Grande-Bretagne fonder le New-England. Il a beaucoup conservé, malgré la séparation, de l'esprit, des traditions et des lois de la métropole.

Le nouveau Code allemand, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900, est un monument juridique très remarquable, et appelé à avoir une certaine influence même dans notre pays. Il reconnaît une réserve aux parents en ligne directe et même au conjoint survivant (art. 2303). Les enfants du premier lit n'en ont pas de spéciale. Mais plutôt

que de leur conserver des droits éventuels, la première protection à leur donner est celle de leur personne et de leurs biens actuels. Sur ce point, la loi allemande est bien supérieure à la nôtre, grâce à l'institution du tribunal des tutelles, chargé de surveiller non seulement les tuteurs, mais les pères et mères administrateurs. Or les enfants du premier lit sont inévitablement soumis à ce régime (1). Le père ne peut faire certains actes juridiques qu'avec le concours de ce tribunal. Il doit même, selon l'article 1640, ajouté par le Reichstag, présenter au tribunal des tutelles un inventaire des biens soumis à son administration. Cette obligation lui incombe notamment lorsqu'il veut contracter un second mariage. En ce cas, il doit avant tout opérer une liquidation de la fortune commune entre lui et l'enfant (2) (art. 1669). Relativement à celle du tuteur sa situation n'est guère plus favorable qu'en ce que l'homologation du tribunal est imposée au tuteur dans des cas plus nombreux, et qu'il n'est tenu de rendre compte de sa gestion que sur ordonnance du tribunal ou s'il tombe en déconfiture. Son administration est donc singulièrement restreinte. Et l'on peut présager du zèle du magistrat si l'on songe qu'il est responsable lorsqu'il compromet les intérêts du pupille par

(1) En Allemagne la tutelle ne s'ouvre pas par la mort de l'un des parents : l'enfant continue à être soumis à la puissance paternelle, qui n'est, au fond, qu'une tutelle un peu plus libre.

(2) Cette continuation de la communauté, contraire à notre principe moderne (art. 1441), ressemble à ce qui ce passait chez nous dans l'ancien droit (*Cout. de Paris*, art. 240-241).

son dol ou sa négligence (art. 1674). De plus le conseil communal des orphelins, emprunté aux institutions de la Prusse, qui aide le juge dans sa surveillance, est un organisme pratique dont nous n'avons aucun équivalent en France. Ajoutons que la mère tutrice peut être destituée de ses fonctions en cas de second mariage et qu'elle l'est nécessairement si le second mari, qui ne devient pas co-tuteur de droit, ne l'autorise pas à continuer ses fonctions.

Qu'est-ce à côté de cela que notre conseil de famille, qui n'existe pas au cas de divorce des parents, et dont les membres sont trop nombreux pour se sentir vraiment responsables ? Quelle surveillance pouvons-nous attendre de notre tribunal civil, qui a bien autre chose à faire ? Avec quelle prudence n'a-t-il pas appliqué la loi du 24 juillet 1889 ? Quel particulier du reste voudra bien se créer des embarras en dénonçant un mauvais tuteur ou un père indigne ? Le Code allemand a aussi beaucoup moins besoin de restreindre la quotité disponible : puisqu'il accorde une réserve au conjoint, ses administrés sont parfaitement tranquilles sur le sort de leur époux et useront moins du testament. Le conjoint français, au contraire, même après la loi de 1891, sait qu'il dépend de lui d'assurer l'avenir de son compagnon ou de sa compagne, et, comme l'on n'est pas sûr d'avance du montant exact de sa succession, il sera porté à lui faire une donation, réductible peut-être, mais qui plus sûrement le mettra à l'abri du besoin. D'autre part les enfants

peuvent très bien ne pas réclamer et respecter la volonté de leur parent.

L'Autriche, qui connaît aussi la réserve, n'en reconnaît pas non plus de spéciale aux enfants du premier lit. Mais nous trouvons là encore un tribunal pupillaire. Également, quand une mère qui a la tutelle de son enfant se remarie, elle-même ou le co-tuteur qui lui est toujours donné (art. 218), doit en donner avis au tribunal pupillaire pour qu'il juge si elle doit être autorisée à continuer la tutelle. Dans le cas où l'un des époux aurait légué au survivant une part de ses biens en usufruit, si celui-ci vient à convoler en secondes noces, les enfants du prédécédé ont le droit de demander que l'usufruit leur soit abandonné moyennant une rente annuelle proportionnée (art. 1257). Enfin le veuf ou la veuve *ayant un ou plusieurs enfants* sont tenus d'observer la condition de viduité (art. 700).

D'autres nations, sous l'influence de notre Code ou qui ont subi plus longtemps la domination romaine, ont adopté des dispositions analogues à celle de notre loi.

En Belgique le texte du Code Napoléon est encore en vigueur, sans aucun changement sur ce point. Laurent, dans son avant-projet (art. 879), se bornait à reproduire notre article 1098, avec une petite correction de texte pour bien spécifier que c'est à tous leurs nouveaux époux ensemble que l'homme ou la femme remariés ne peuvent donner qu'une part d'enfant. Il sera probablement suivi par la commission nommée en 1884.

Le Code néerlandais admet la même protection que chez nous (art. 236 et 237).

Voici l'article 770 du Code italien, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1866 : « L'époux en deuxièmes nocés ne peut laisser au nouvel époux une portion supérieure à celle qu'il a laissée au moins favorisé des enfants d'un précédent mariage. » Toujours la constitution *Hac edictali*.

Enfin, si en Espagne nous ne trouvons pas de réserve spéciale pour les enfants du premier lit, du moins les articles 968 et 969 du Code espagnol, promulgué le 24 juillet 1889, obligent le conjoint survivant qui se remarie à leur conserver la propriété de tous les biens qu'il a acquis du défunt ou de l'un desdits enfants par testament, succession *ab intestat* ou donation, et les biens qu'il a reçus des père et mère du défunt en considération du premier mariage. C'est donc la conservation curieuse de la constitution *Feminae quae* que notre Code a rejetée.

Le principe de la protection semble donc parfaitement établi. Mais on peut discuter sur son application. Ce ne peut être qu'une question de mesure et de mise en harmonie avec l'esprit de chaque peuple. On l'a vu par le léger aperçu des législations étrangères que nous venons de donner, il y a deux manières de protéger les enfants du premier lit : la première, celle à laquelle on prête généralement le moins d'attention, c'est de prendre soin de leur personne et de veiller à la conservation de leur fortune

actuelle. Il n'est pas rare, en effet, qu'ils aient des biens personnels : il suffit, ce qui est généralement le cas, que l'un de leurs parents, dont ils sont les héritiers naturels, soit décédé. Si les deux parents sont vivants, mais divorcés, ces enfants ont pu recevoir des libéralités d'autres personnes, ils ont pu hériter d'un de leurs frères plus âgé prédécédé. La seconde manière, la plus discutée, est de chercher à leur assurer des avantages dans la succession du parent remarié. Nous avons les deux façons en droit français : elles nous fourniront chacune une section.

SECTION I. — **La personne et les biens de l'enfant mineur du premier lit.**

Pendant plus de soixante ans les règles de notre droit sur ce sujet n'ont eu à s'appliquer qu'au cas où l'un des père ou mère était décédé et l'autre remarié ; mais avec la renaissance du divorce, en 1884, on aurait dû s'occuper de ce nouveau cas. Le législateur n'en a pas parlé et la jurisprudence a fait de son mieux pour résoudre les espèces qui lui étaient soumises, sans construire de théorie générale. Nous devons donc sectionner cette étude en deux parties.

A. — *Cas de décès.* — A la mort de l'un des époux, la tutelle s'ouvre pour les enfants mineurs, et elle est déférée de plein droit au survivant (art. 390). Mais tandis que le père ne peut se dérober à cette charge, la mère n'est pas tenue de l'accepter ; elle doit cependant en

remplir les devoirs jusqu'à ce qu'elle ait fait nommer un tuteur (art. 394). L'effet d'un second mariage n'est pas du tout le même pour le père tuteur que pour la mère tutrice à cause de la différence de situation qu'ils vont occuper dans la nouvelle famille.

Pour le père, la loi le nomme maître et seigneur de sa nouvelle femme ; par conséquent, l'influence de cette dernière étant peu appréciable, il pourra continuer ses fonctions avec autant de soins que par le passé. Cependant son droit de correction se trouve diminué. On sait que ce droit, corollaire nécessaire de la puissance paternelle, des droits de garde et d'éducation, consiste dans le pouvoir d'infliger à l'enfant certaines punitions. Le Code ne s'est pas occupé des sanctions légères qui sont plutôt régies par les mœurs que par la loi et dont le père peut se servir à condition de ne pas user de brutalité et de ne pas compromettre la santé de son enfant. Il y a donc une marge assez grande pour qu'une marâtre ou un parâtre haineux puissent rendre à un beau-fils la vie intolérable. On disait à l'époque où les Universités se plaisaient encore à parler latin : « *In domo ipsa privignus ita vexari potest ut carcerem jucundiores habeat* » (1). Mais lorsque le père a des sujets de mécontentement très graves, il pourra faire détenir son enfant (art. 375) et agir à cet effet par deux procédés : par voie d'autorité ou par réquisition. Dans le premier cas, le président du

(1) Pruimers, *Dissertatio juridica de cura, quam leges habent liberis prioris tori. Trajecti ad Rhenum*, 1821.

tribunal devra, en principe, délivrer l'ordre d'arrestation sur une simple demande (art. 376). En pratique, tout au moins au tribunal de la Seine et dans les grandes villes, il ne manquera pas, avant de signer, de s'enquérir des motifs de l'arrestation, car le droit n'est accordé au père que lorsqu'il a des sujets de mécontentement très graves. Ce qui, en fait, détruit toute distinction. La durée de cet emprisonnement ne peut excéder un mois. Il faut de plus que l'enfant ait moins de quinze ans révolus, qu'il n'exerce aucun état et n'ait aucun bien personnel (art. 382). Si l'une de ces conditions manque et jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention pendant six mois, et le président du tribunal ne délivrera l'ordre d'arrestation qu'après en avoir conféré avec le procureur de la République, et pourra, s'il le juge à propos, rejeter la requête ou diminuer le temps de la détention (art. 377). « Si le père est remarié, ajoute l'article 380, il sera tenu, pour faire déténir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'article 377 », c'est-à-dire qu'il sera toujours obligé d'agir par voie de réquisition.

Lorsque le second mariage est dissous, le père recouvre-t-il le droit d'agir par voie d'autorité ? On doit l'admettre, car l'influence de la marâtre ne peut plus se faire sentir, et les termes mêmes de l'article « s'il est remarié. » ne s'opposent pas à cette interprétation. Grâce à la jurisprudence signalée plus haut, ces distinctions se réduisent

à rien. On se sert du reste de moins en moins du droit d'incarcération, parce qu'il paraît excessif : les quelques demandes qui sont présentées chaque année — 1200 environ — émanent surtout des membres de la classe pauvre, qui n'ont pas les moyens de donner à leurs enfants une saine éducation.

Pour la mère, la loi se montre moins libérale, car elle subit nécessairement l'autorité et l'influence du parâtre. « Si la mère tutrice veut se remarier, dit l'article 395, § 1, elle devra, avant l'acte de mariage, convoquer le conseil de famille qui décidera si la tutelle doit lui être conservée. » Cette convocation doit se faire avant le mariage, car par le fait même de sa célébration la mère serait déchue de plein droit de la tutelle et censée l'avoir conservée indûment. Le futur mari aura surtout grand intérêt à veiller à ce que cette convocation soit faite en temps utile, car, dès le jour du mariage, il se trouverait co-tuteur de fait et responsable dans les termes que nous indiquerons plus loin.

Le conseil de famille convoqué décidera s'il doit conserver la tutelle à la mère et, dans ce cas, il lui donnera nécessairement pour co-tuteur le second mari, qui deviendra solidairement responsable avec sa femme de la gestion postérieure au mariage (art. 396).

On s'est demandé si cette tutelle conservée à la mère était toujours la tutelle légale ou une tutelle dative. Nous pensons que, malgré les termes de l'article 396, elle est dative, car elle a son titre dans la décision du conseil de

famille, qui est toujours libre de ne pas la lui accorder. Ceci a pour résultat qu'elle se trouve soumise aux obligations des articles 455 et 456 du Code civil qui sont inapplicables à la tutelle légale (Cass., 24 novembre 1895, *Pand. fr.*, 96.1. 445). Ces articles disent que le conseil de famille devra déterminer la somme à laquelle commencera pour le tuteur l'obligation d'employer l'excédent des revenus du pupille sur sa dépense ; ils fixent un délai de six mois pour faire l'emploi de cet excédent, passé lequel les intérêts commenceront à courir, et enfin, à défaut de détermination de l'excédent, mettent à la charge du tuteur les intérêts de toute somme non employée pour si modique qu'elle soit. Cependant depuis la loi du 21 février 1906, qui conserve à la mère remariée la jouissance légale, ces articles ne deviendront applicables que lorsque le mineur aura atteint l'âge de dix-huit ans, époque à laquelle la jouissance légale doit cesser. Il faudra également continuer à lui appliquer la règle qui oblige le tuteur à remettre, pendant la tutelle, au subrogé-tuteur des états de situation, bien que la mère tutrice mais non remariée en soit dispensée par l'article 470.

Quant à la co-tutelle du nouveau mari, elle a pour motif la crainte de l'immixtion d'un étranger non responsable dans la tutelle. Aussi devient-il, d'après le texte et sans faire de distinction suivant les régimes matrimoniaux, co-tuteur nécessaire. De sorte que le conseil de famille ne pourrait maintenir la mère dans la tutelle sans nommer son mari co-tuteur. Par conséquent si ce dernier

est incapable d'être tuteur, s'il est excusé ou destitué pendant le mariage, la tutelle de la mère doit cesser. On ne saurait aller jusqu'à dire cependant que la même solution est encore valable pour le cas d'interdiction, de divorce ou de mort du mari, parce que le conseil de famille a pu conserver la tutelle à la mère uniquement en vue de la co-tutelle du mari. En effet, puisque avant son mariage la mère exerçait la tutelle légale et remplissait ces fonctions à la satisfaction de tous—car elle n'avait pas été destituée—le conseil de famille n'a eu qu'à examiner la question de savoir si l'adjonction du second mari comme co-tuteur ne serait pas préjudiciable à l'intérêt des enfants ; si elle leur est avantageuse tant mieux. Mais si ce second mari, par suite de son interdiction, de sa mort ou de son divorce, ne peut plus s'immiscer indûment dans la tutelle, — danger que redoutait la loi, — la mère ne doit pas perdre la tutelle : on ne peut dire *à priori* qu'elle sera incapable de la gérer seule puisqu'elle l'a déjà fait avec succès.

Inversement il faut décider que tout événement, qui mettra fin à la tutelle de la mère, fera également cesser la co-tutelle du mari.

Comment sera gérée la tutelle pendant cette seconde union ? Il suffit de dire que, faisant abstraction du régime matrimonial adopté par les époux, tous les actes doivent être accomplis par la mère tutrice et le parâtre co-tuteur ensemble et conjointement (Cass., 5 mai 1856, D. 56.1. 242). Il existe cependant un cas où le législateur aurait

dû édicter des dispositions spéciales, c'est celui de la séparation de corps. La loi du 6 février 1893 l'a rapprochée autant que possible du divorce, mais, et c'est là sa seule utilité, le mariage n'en subsiste pas moins, par conséquent le mari continue à être co-tuteur. Quelles difficultés ne vont pas naître pour établir l'accord entre les époux séparés ! C'est déjà cette idée qui a soulevé l'opinion publique et a forcé le législateur de permettre à la femme de se passer de l'autorisation de son mari, mais uniquement pour les actes qui lui sont personnels. Une réforme législative serait ici nécessaire.

Admettons maintenant que le conseil de famille n'a pas été convoqué. « A défaut de cette convocation, dit l'alinéa 2 de l'article 395, elle (la mère) perdra la tutelle de plein droit, et son nouveau mari sera solidairement responsable de toutes les suites de la tutelle qu'elle aura indûment conservée. » La mère se trouve donc tutrice de fait, et, conformément aux principes généraux, elle est responsable de cette gestion qu'elle doit continuer jusqu'à ce que le conseil de famille ait pris une décision. Simple administratrice, elle pourra prendre toutes mesures conservatoires, mais elle n'aura aucun pouvoir pour engager le mineur envers les tiers. Du reste la déchéance qu'elle subit ne mettra pas obstacle à sa nomination par le conseil de famille : ce serait une peine trop forte pour l'omission d'une simple formalité. Mais notre article rend solidairement responsable le mari de la négligence de la mère, car il est censé connaître la loi et

aurait dû insister pour la réunion du conseil de famille. A ne s'en tenir qu'au texte, il n'est responsable que de la tutelle indûment conservée. Or comme la tutelle n'est indûment conservée qu'à compter du jour du mariage, il ne serait donc responsable que de la gestion postérieure au mariage comme le co-tuteur régulièrement nommé. Cette assimilation n'aurait rien que de logique. Cependant la tradition, la jurisprudence et la majorité des auteurs veulent voir dans la différence des termes des articles 395 et 396 une aggravation de responsabilité pour le co-tuteur de fait. Il serait solidairement responsable avec la mère de toutes les suites de la tutelle, même antérieure au mariage. Cela peut mener loin et paraît excessif, surtout provenant d'une combinaison de textes dont la légitimité n'apparaît pas clairement. Les travaux préparatoires ne font ressortir rien de tel. Sur le projet primitif Berlier proposa au Conseil d'Etat une nouvelle rédaction portant : « et son nouveau mari sera solidairement responsable de l'indue gestion qui aura eu lieu depuis le nouveau mariage ». Le Tribunat trouva les mots « indue gestion » équivoques ; il voulait bien marquer que la responsabilité s'appliquait tout aussi bien au défaut de gestion. On en arriva ainsi à la rédaction actuelle, que l'on paraît donc avoir mal interprétée.

Pour l'hypothèque légale du mineur on est d'accord qu'elle continue à frapper les biens de la mère qui a commis une faute comme tutrice ; mais si l'opinion qui prévaut en droit moderne est qu'elle frappe également

les biens du second mari, nous ne l'apercevons pas très bien, car il n'a jamais été tuteur.

Quant au droit de correction, on peut tirer de l'article 381, par argument *a contrario*, que la mère remariée ne peut pas faire détenir ses enfants du premier lit, même par voie de réquisition et avec l'assistance des deux plus proches parents. Mais ceci ne doit s'entendre que de la mère binube qui a conservé le droit de garde de ses enfants mais qui n'en a pas la tutelle. On doit admettre, au contraire, que la mère tutrice et le mari cotuteur pourront, ensemble et avec l'autorisation du conseil de famille, provoquer l'incarcération du mineur, comme un tuteur ordinaire pourrait le faire, conformément à l'article 468 du Code civil.

Enfin, notons les dispositions des articles 399 et 400 du Code civil. D'après le premier « la mère remariée et non maintenue dans la tutelle des enfants de son premier mariage ne peut leur choisir un tuteur ». Et lorsqu'elle aura été maintenue dans la tutelle, le choix qu'elle aurait fait de ce tuteur ne serait valable, d'après le second, qu'après avoir été confirmé par le conseil de famille. Il s'agit ici du tuteur que le dernier mourant des père et mère a le droit de choisir à ses enfants (art. 397). Au plus, la mère remariée ne peut donc que donner une indication au conseil de famille.

B. — *Cas de divorce*. — La loi sur le divorce a suscité une abondante littérature, et si l'on n'en discute plus guère le principe, du moins les polémiques, soulevées par

un grand nombre de ses dispositions, impliquent qu'une refonte à peu près générale est devenue nécessaire. Sans contredit, la critique la plus fondée qui lui ait été adressée est de ne pas s'être suffisamment occupé des enfants des époux divorcés. Pour ces pauvres délaissés, qui ont fourni des situations émouvantes aux romanciers et aux auteurs dramatiques, la loi n'a eu que trois articles : 302, 303 et 304, dont les deux premiers sont notoirement insuffisants et le troisième nous annonce que les enfants seront obligés d'attendre la mort de leurs parents pour leur succéder, ce qui résultait suffisamment déjà des principes généraux. On a discuté, en doctrine, à qui appartenait après le divorce la puissance paternelle. La diversité des systèmes — il y en a au moins quatre principaux — nous indique la difficulté d'établir une théorie d'ensemble dans le silence de la loi. Mais la puissance paternelle se décompose en plusieurs droits différents et la jurisprudence, aux prises avec la réalité, nous a donné quelques solutions d'espèce.

La loi n'a parlé que du droit de garde qui, en principe, doit être confié à l'époux non coupable (art. 302), à moins que sur la demande de l'un des époux, d'un membre de la famille ou du ministère public, le tribunal, s'inspirant de l'intérêt de l'enfant, ne juge bon de le confier à l'autre époux, à un parent ou même à un tiers. L'époux qui n'a pas la garde conserve un droit de surveillance (art. 303), ce qui lui permettra de demander au tribunal des modifications aux mesures déjà prises et qui ne sont que pro-

visoires, lorsque, par suite de situations nouvelles, ces mesures lui paraîtront devoir être modifiées. Ce droit sera bien souvent illusoire, car on voit des parents se détacher complètement d'enfants dont ils ont été séparés et qu'un ensemble de circonstances précédant le divorce peut faire prendre à un père pour adultérins. D'un autre côté, les enfants sont élevés par l'époux qui en a la garde dans la haine de l'ex-conjoint, de sorte que ce dernier ne prend plus guère intérêt dans sa progéniture qui le hait du fond du cœur. Une femme de lettres, Mme Renée Pignerou, en a ramassé quelques tristes exemples dans la chronique scandaleuse de notre temps (*Les enfants d'époux divorcés*, Paris, 1903).

Un second mariage n'entraîne pas *ipso facto* la perte du droit de garde (Auxerre, 8 mars 1905, *Droit*, 8 avril 1905), mais il fournira l'occasion à l'époux qui a le droit de surveillance de demander de nouvelles mesures au tribunal. Celui-ci apprécie souverainement : tout dépendra de la valeur morale du nouvel époux. Il n'y aura pas toujours lieu à modifications. Ainsi le tribunal de la Seine, le 26 juillet 1887 (D. 88.2.64), a décidé qu'il n'y avait rien à changer au droit de visite d'une mère, qui cependant avait épousé son complice contrairement à l'article 298 alors en vigueur. Mais on peut facilement prévoir d'autres hypothèses où la décision sera différente. Faut-il encore que le tribunal soit saisi, car il ne peut statuer d'office.

Nous avons parlé du droit de garde parce que c'est de

lui que la loi s'est occupée, et de là nous devons partir pour donner une solution acceptable pour le droit de correction et l'administration légale.

Il est clair que le droit de correction doit suivre la garde ; il en est le complément. Si donc le père a obtenu cette garde et s'il se remarie, sans que le tribunal ait trouvé convenable de la lui enlever, il l'exercera conformément à l'article 380, c'est-à-dire par voie de réquisition. Si c'est la mère gardienne qui se remarie, elle pouvait l'exercer avant le mariage, après elle ne le peut plus. Il serait imprudent de le faire revivre entre les mains du père, sous prétexte qu'il a conservé en principe la puissance paternelle. Mieux vaudrait dire que ce droit a été paralysé entre les mains de chacun des époux. Les méfaits de l'enfant ne peuvent être bien graves sans tomber sous le coup de la loi pénale. Dans ce cas on trouve facilement moyen de le maîtriser.

Pour l'administration légale le cas est susceptible de se présenter beaucoup plus souvent. On a jugé à plusieurs reprises que l'époux qui a reçu la garde de l'enfant a l'administration légale de ses biens et le représente en justice (Paris, 15 décembre 1886, S. 88.2.217 ; Seine, 4 août 1888, *Gaz. Trib.*, 18 août 1888 ; 4 mai 1896, D. 97.2.23 ; 25 novembre 1896, D. 97.2.297 ; Lyon, 23 février 1905, *Pand. fr.*, 88.2.1905). Cette jurisprudence paraît fort logique, malgré l'avis contraire du Conseil d'Etat du 19 novembre 1899. Elle n'est pas en contradiction avec les termes de l'article 389 ; il dit seulement que « le père

est, durant le mariage, administrateur des biens de ses enfants mineurs » ; avec le divorce le mariage a cessé. L'argument que l'on tire de cet article serait bon seulement pour la séparation de corps. M. Hitier, dans une note du Dalloz sous Paris, 25 novembre 1896 précité, est également d'avis que l'administration légale suit la garde. Mais il fait remarquer que le jugement sus-énoncé admet qu'il y a lieu aussi de s'occuper de la jouissance légale. Il faut les placer dans la même main. « Nous considérons, dit le distingué professeur, que la réunion de l'administration et de la jouissance légale est plus importante que la jonction de l'administration légale et de la garde. Administration et jouissance sont les deux faces d'un même droit, l'une est la contre-partie de l'autre. » Ce n'est pas que l'on ne puisse les concevoir dans des mains différentes, mais on se représente difficilement un père, déchu du droit de jouissance légale par une sentence de divorce prononcée contre lui, mais possédant encore l'administration légale, verser, à époques déterminées, pour le profit d'enfants qu'il n'aime peut-être pas et d'une ex-épouse qu'il hait sûrement, les revenus d'un capital dont il aurait uniquement la charge. Il faudrait qu'il soit bien désintéressé pour s'occuper avec soin de sa gestion, d'ailleurs sans contrôle, dans de pareilles conditions. De sorte que la loi de 1906 en conservant la jouissance légale à la mère, même après son second mariage, a donné un argument de plus pour lui laisser dans le même cas l'administration légale. Le père désespérant de se la faire

accorder ne risquera pas des frais inutiles devant le tribunal, tandis que pour la mère l'exercice de son pouvoir sera embarrassé par mille obstacles et rendu peut-être impossible. Dans tous les cas le second mari s'immiscera dans cette administration ou fera agir son influence, de sorte que ce que le Code avait redouté pour la tutelle se passera pour l'administration légale. Heureux si quelque membre de la famille ou la divorcée elle-même, arrêtée par une impossibilité, veut bien s'adresser au tribunal, qui pourra lui adjoindre son nouvel époux comme co-gardien, puisqu'il a le droit de confier les enfants à un tiers. Quoi qu'il en soit, on ne peut appliquer à cette situation les règles de la tutelle, car la tutelle n'est pas ouverte. Ainsi la fortune des enfants est sans protection, alors qu'elle en aurait le plus besoin, car ici nous n'avons même pas la surveillance du subrogé tuteur et du conseil de famille. On s'est plaint de bonne heure que le Code n'avait pas réglementé la puissance paternelle ; il est temps de le faire, car les conséquences se montrent pires tous les jours.

Etablissement des enfants du premier lit. — Enfin, lorsqu'il s'agit d'établir les enfants du premier lit, l'article 1555 déroge en leur faveur au principe de l'inaliénabilité dotale. « La femme peut, avec l'autorisation de son mari, ou, sur son refus, avec permission de justice, donner ses biens dotaux pour l'établissement des enfants qu'elle aurait d'un mariage antérieur ; mais, si elle n'est

autorisée que par justice, elle doit réserver la jouissance à son mari. »

En comparant cet article à l'article 1556 qui s'occupe des enfants communs, on peut se rendre compte que dans ce dernier cas la femme ne peut toucher à sa dot si son mari refuse. La loi, qui s'en remet à l'affection du père pour ses enfants, n'accorde pas la même confiance au parâtre. On a dit et il a été jugé à tort qu'il n'y avait aucune différence entre les deux articles. Cette opinion prévaudrait difficilement, car pour se persuader de l'opinion contraire il n'y a qu'à rapprocher les termes des deux dispositions. D'ailleurs on ne comprendrait pas pourquoi le législateur se serait ainsi exprimé en deux fois, alors qu'un seul texte pouvait suffire.

Quant à l'étendue des droits de la mère et à ce que l'on entend par établissement, cela n'a rien de spécial pour notre sujet. Nous dirons simplement que, puisque la mère peut aliéner, elle peut aussi hypothéquer ses biens dotaux ou contracter des engagements exécutoires sur ces mêmes biens (Cass., 23 juin 1880, D. 80.1.442). Et que par établissement il faut entendre, non seulement l'établissement par mariage, mais tout ce qui promet à l'enfant une existence indépendante. Mais l'aliénation doit toujours avoir pour objet de donner à l'enfant une situation définitive ou tout au moins pouvant être telle (Agen, 16 février 1857, D. 58.2.106), l'achat d'une charge par exemple. On ne pourrait pas en appliquer le produit à des dépenses journalières, à des frais d'éducation, à

moins que ce ne soit pour payer la pension à une école où l'élève a la certitude morale d'avoir à la sortie un emploi qui lui permettra de vivre : Polytechnique, Saint-Cyr, Ecoles normales primaires d'instituteurs (Bordeaux, 22 juillet 1841).

SECTION II. — **Droits des enfants du premier lit dans la succession de leur parent remarié.**

Le Code s'en est expliqué à plusieurs reprises, mais la disposition principale est celle de l'article 1098, qui reproduit à peu près le premier chef de l'édit des secondes noces. Les articles 1496 et 1527 n'en sont que des applications à des hypothèses spéciales. De plus, par le nouvel article 767 la loi du 9 mars 1891, visiblement influencée par les prescriptions précédentes, a restreint l'usufruit légal du conjoint survivant lorsque le défunt laisse des enfants d'un mariage antérieur. Il est peut-être plus simple, sinon plus logique, de dire immédiatement quelques mots de cette disposition.

Quotité de l'usufruit légal de l'article 767. — Nous avons vu précédemment que la loi du 9 mars 1891, réparant un oubli que les rédacteurs du Code avaient commis, a accordé au conjoint survivant un droit d'usufruit sur la succession du prédécédé. Nous savons sur quels biens il porte et comment il prend fin par un second mariage. La quotité est du quart s'il n'existe que des enfants communs, mais elle est « d'une part d'enfant légitime le

moins prenant, sans qu'elle puisse excéder le quart, si le défunt a des enfants nés d'un précédent mariage ». Dans le premier cas elle est donc toujours la même ; dans le second, elle varie, dans la limite du quart, suivant le nombre des enfants du premier lit. Il était juste de donner à ces derniers dans la succession de leur parent une portion aussi importante qu'à leur parâtre ou marâtre, dont ils n'ont rien à espérer.

Des termes mêmes de l'article, il résulte que cette faveur n'existe qu'au profit des enfants d'un précédent mariage — par conséquent légitimes ou légitimés — et encore vivants au moment de l'ouverture de la succession. L'expression comprend du reste les petits-enfants, mais qui ne comptent que pour la tête qu'ils représentent.

Si le *de cujus* laisse à la fois des enfants d'un mariage antérieur et des enfants communs, doit-on fixer distributivement la part du conjoint survivant vis-à-vis de chacune des catégories d'enfants ? On enseigne généralement que non : ce serait compliquer inutilement les liquidations. On totalise le nombre des enfants quels qu'ils soient, on ajoute le conjoint et l'on divise la masse successorale par le chiffre ainsi obtenu. Il importe peu que les enfants communs profitent de ce mode de calcul, nous verrons qu'ils profitent également de la réduction de l'article 1098.

Il y a une petite complication lorsque, outre des enfants d'un premier lit, le *de cujus* laisse des enfants naturels. On sait que, en concours avec des enfants légi-

times, la loi du 25 mars 1896 leur a accordé dans la succession de leur parent la moitié de la portion héréditaire qu'ils auraient eue s'ils eussent été légitimes (art. 758). Cela n'a pas grande importance lorsque, d'après le nombre des enfants, la part d'un enfant légitime est supérieure à un quart. Mais s'il y a par exemple trois enfants légitimes et un enfant naturel, que faut-il décider? On ne peut, en se bornant strictement aux termes de l'article, faire abstraction du bâtard, car, sa part étant alors prise sur celles des enfants légitimes, on arriverait à donner au conjoint survivant un usufruit supérieur à la part d'un enfant légitime, ce qui irait directement contre ce même article. Des systèmes proposés, celui de M. Lamache (*Questions nouvelles, Revue du notariat*, 1893) paraît le plus exact. On fait une double opération on considère d'abord le conjoint comme un enfant légitime de plus et on lui attribue l'usufruit de la part qu'il aurait dans cette hypothèse, en tenant compte des droits de l'enfant naturel. Relativement à la nue propriété, puisque le conjoint n'y a aucun droit, on procède à une répartition distincte basée sur l'article 758. Chacun des héritiers supporte l'usufruit proportionnellement à la part ainsi obtenue.

De l'article 1908 du Code civil. — Ce n'était pas assez d'assigner à l'enfant du premier lit une portion avantageuse dans la succession de son parent binube, il fallait la lui garantir et la protéger contre les actes de disposition qui auraient pu l'en priver ; on augmenta sa réserve. Tra-

ditionnellement le Français n'est pas libre de disposer de ses biens à titre gratuit ; la loi l'oblige à une certaine piété familiale ; il doit conserver une part de sa fortune à ses héritiers en ligne directe, c'est la réserve. Il peut faire ce qu'il entend du reste, c'est la quotité disponible. Cette quotité, lorsqu'il existe des descendants, est fixée à une part d'enfant sans pouvoir être inférieure au quart. Elle est donc de moitié de la succession s'il y a un enfant, du tiers s'il y en a deux et du quart s'il y en a trois ou davantage (art. 913). Mais si le Code a ainsi fixé la quotité qu'un individu peut donner à un étranger, il a établi au profit du conjoint, sans doute dans une intention bienveillante mais qui n'atteint pas toujours son but, une quotité spéciale. « Et pour le cas, dit l'article 1094, § 2, où l'époux donateur laisserait des enfants ou descendants, il pourra donner à l'autre époux ou un quart en propriété et un autre quart en usufruit, ou la moitié de tous ses biens en usufruit seulement. » On voit qu'en isolant cette disposition de celle de l'article 913, comme le fait la jurisprudence, le conjoint arrivera à être moins bien traité qu'un étranger lorsque le défunt ne laissera qu'un enfant, qu'il sera dans une situation équivalente lorsque le défunt en laissera deux ; et qu'enfin il se trouvera avantagé si le *de cujus* en laisse davantage. Cette quotité parut excessive aux rédacteurs du Code vis-à-vis d'enfants du donateur issus d'un mariage antérieur : ils firent passer dans leur œuvre la défense portée par François II dans le premier chef de son édit des secondes

noces. « Au surplus, disait Bigot-Préameneu, on a maintenu cette sage disposition, que l'on doit encore moins attribuer à la défaveur des seconds mariages qu'à l'obligation où sont les pères et mères qui ont des enfants de ne pas manquer à leur égard, lorsqu'ils forment de nouveaux liens, aux devoirs de paternité. Il a été réglé que dans ce cas les donations au profit du nouvel époux ne pourront excéder une part d'enfant légitime le moins prenant » (Fenet, t. XII, p. 573). « Et comme, ajoutait l'orateur du Tribunat, il pourrait arriver que la part d'un enfant légitime le moins prenant fût de plus du quart, la loi ne permet pas que ces donations puissent jamais excéder cette quotité, qui est le dernier terme de la disponibilité en directe. » Sous le bénéfice de cette dernière restriction, qui n'existait pas dans l'ancien droit et de quelques adaptations aux principes du droit moderne, nous pourrions presque suivre les vieux auteurs, notamment Pothier, qui explique la première partie de l'œuvre du chancelier de l'Hôpital dans son *Traité du contrat de mariage* (nos 534-603).

Voici le texte de l'article 1098 du Code civil : « L'homme ou la femme qui, ayant des enfants d'un autre lit, contractera un second ou subséquent mariage, ne pourra donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant, et sans que, dans aucun cas, ces donations puissent excéder le quart des biens. »

A. — *Quelles sont les personnes auxquelles la défense est faite ?* — Le Code, prenant pour acquis les résultats de

l'ancienne jurisprudence, ne fait pas de distinction entre l'homme et la femme qui se remarient : la prohibition les frappe tous les deux. Il suffit qu'ils aient des enfants d'un autre lit, et par là entendons d'un précédent mariage ; ce qui exclut les enfants adoptifs et naturels (Paris, 5 juillet 1854, D. 56.2.289). D'ailleurs, dans le silence de la loi, qu'importerait que ce précédent mariage ait été dissous par un décès ou par un divorce ? Mais de même que l'édit disait : « ayant enfant ou enfans, ou enfans de leurs enfans », de même, dès qu'il existe un seul descendant légitime à n'importe quel degré, notre article reçoit son application, les descendants intermédiaires seraient-ils tous décédés. Est-il besoin d'ajouter que l'enfant conçu devrait être considéré comme né puisqu'il s'agit de ses intérêts ? On ne devrait pas cependant appeler enfants d'un autre lit ceux d'époux divorcés de nouveau unis ; ils n'ont pas de parâtre ou de marâtre contre qui la loi ait besoin de les protéger.

Encore faut-il que ce ou ces enfants, en faveur de qui la loi est faite, soient vivants au moment de l'ouverture de la succession. S'ils sont morts avant l'époux donateur, sans laisser de progéniture légitime, la quotité de l'article 1094 est seule applicable. Si l'un d'eux seulement décède, la quotité disponible augmente, sans pouvoir dépasser le quart, puisque la part d'enfant devient plus forte. Ceci peut avoir une répercussion sur les donations qui ont été faites par l'époux binube à son conjoint avant leur décès, d'autant plus que la donation n'est pas tou-

jours d'un corps certain ou d'une somme déterminée, mais que, dans la pratique, on se sert souvent des termes de l'article en disant que l'on fait donation à son conjoint d'une part d'enfant ou bien de tout ce que la loi permet de donner. Les décès d'enfants du premier lit, qui se placeront entre ces donations et l'ouverture de la succession du donateur, en feront varier l'importance. Si tous les enfants de cette catégorie mouraient, au cas où ces libéralités seraient de tout ce dont la loi permet de disposer, elles ne sauraient plus être circonscrites que par la réserve des enfants communs, à défaut de ceux-ci par la réserve des ascendants et, en leur absence, elles équivaldraient à des donations universelles. Au cas où la donation serait d'une part d'enfant et où les enfants du premier lit décédieraient tous, elle devrait toujours être réduite au quart : c'est le plus fort disponible permis par l'article 1098, dont le donateur a employé les termes. Mais il peut arriver que l'intention du donateur ait été de donner une part d'enfant réglée sur le nombre des enfants existant au moment de la donation : ce sera une question de fait à trancher par les tribunaux d'après les termes de l'acte qui la contient.

B. — *Quelles sont les personnes auxquelles la loi défend de donner ?* — Nous verrons que l'article 1099 a établi pour les donations faites à personnes interposées une sanction beaucoup plus rigoureuse que ne le faisait l'édit : elle les déclare nulles

Mais lorsqu'une personne, ayant des enfants d'un pré-

cèdent mariage, en contracte successivement un second, un troisième, un quatrième, a-t-elle le droit de donner une part d'enfant à chacun de ces différents époux ? « C'est à tous les second et ultérieurs maris ensemble, disait Pothier (n° 538), ou à toutes les seconde et ultérieures femmes ensemble qu'il est défendu de donner plus que la valeur de la part d'un enfant le moins prenant ; de manière que, lorsqu'une femme a donné à son second mari, elle ne peut donner au troisième que ce qu'elle a donné de moins au second, que la valeur du montant de la part de l'enfant le moins prenant ; et si elle a déjà donné au second mari la valeur entière du montant de cette part, elle ne peut plus rien donner au troisième. » A part l'opinion de Duranton (t. IX, n° 804), c'est la solution qui prévaut encore en doctrine et en jurisprudence. Le Code, il est vrai, ne reproduit pas les termes de l'édit : « ne peuvent donner à leurs nouveaux maris plus qu'à un de leurs enfants », mais il n'a pas voulu en modifier l'esprit. D'autre part le nouveau texte ne se refuse pas à cette interprétation puisqu'il ne dit pas : « ne pourra donner à chacun de ses nouveaux époux », mais, au contraire, il ne parle que d'une part d'enfant après avoir mentionné un second ou subséquent mariage, et il prévoit *in fine* plusieurs donations qui ne pourront ensemble excéder le quart, ce qui peut s'entendre des diverses donations faites à des époux successifs.

Remarquons que si une personne se remarie plusieurs fois elle pourra faire à chacun de ses nouveaux époux la

donation usuelle d'une part d'enfant. En effet, si les précédentes unions sont dissoutes par le divorce prononcé aux torts des nouveaux époux, tous les avantages matrimoniaux et par conséquent la donation dont nous nous occupons, sont perdus pour eux (art. 299). L'époux remarié est censé ne leur avoir rien donné. Si les précédentes unions sont dissoutes par le prédécès des donataires la donation de part d'enfant devient également caduque. Car quelle est la nature de cette libéralité ? Elle n'est pas uniquement une institution contractuelle, comme le voulait Troplong (t. IV, n° 2736), mais elle est une donation entre-vifs en ce sens que le second époux ne prend pas cette part à titre d'héritier, mais à titre de donataire et n'est pas tenu en conséquence *ultra vires* pour cette part des dettes de la succession. Mais elle tient aussi des donations de biens à venir et comme elles devient caduque par le prédécès du donataire. Un arrêt du 13 avril 1688 jugeait déjà dans ce sens. Mais on croyait, ainsi l'enseignait Renusson, qu'elle contenait une substitution vulgaire au profit des enfants nés du mariage. Pothier, qui n'en était pas bien sûr, pensait qu'il était plus prudent d'exprimer cette substitution dans le contrat de mariage (n° 595). Ceci ne saurait faire doute en droit moderne : l'article 1093 décide que la donation de biens à venir « ne sera pas transmissible aux enfants issus du mariage, en cas de décès de l'époux donataire avant l'époux donateur ». Par conséquent, à condition de ne pas avoir de divorce prononcé contre lui, de ne jamais insé-

rer expressément la substitution vulgaire dans la donation de part d'enfant, l'époux plusieurs fois remarié sera libre de faire une pareille donation à chacun de ses nouveaux époux.

Il est inutile d'ajouter que l'article ne visant pas les étrangers, l'époux binube peut les gratifier du disponible ordinaire, en supposant, bien entendu, que ces étrangers ne soient pas des personnes interposées. Notamment les donations faites à un concubin ou à une concubine ne sont pas soumises à la quotité de l'article 1098 (Alger, 10 mars 1879, D. 80.2.224). Pourtant si ces dispositions ont été édictées pour mettre obstacle aux résultats fâcheux de l'influence qu'un parâtre ou une marâtre peuvent prendre sur l'esprit d'une mère ou d'un père remariés, on ne voit pas que l'influence d'un concubin ou d'une concubine soit moins dangereuse. C'est encore là une prime donnée par la loi aux unions illégitimes. Du reste, à mesure que les enfants naturels acquièrent de nouveaux droits, il devient difficile de déterminer les avantages des justes noces sur le concubinage. Cependant nous ne croyons pas qu'il faille trop regretter l'inaction du législateur : les procès scandaleux ne manqueraient pas de surgir. Nous aurions le spectacle d'enfants épiloquant devant les tribunaux sur les mœurs privées de leurs parents : ils seraient obligés de prouver que telle femme qu'ils assignent a été la maîtresse attitrée de leur père, ou tel homme l'amant de leur mère. Et comment apporteraient-ils la preuve de leurs assertions ? Qu'en-

tendrait-on par concubinage ? Résulterait-il de la cohabitation habituelle ? Combien de temps devrait-elle durer ? Suffirait-il pour éluder la loi de meubler à sa maîtresse une maison particulière ? Les avantages de cette extension de l'article 1098 n'en couvriraient peut-être pas les inconvénients.

C. — *Quels sont les dons et avantages sujets à la réduction ?* — Toutes les donations faites par l'époux binube à son nouvel époux tombent sous le coup de notre article. Il est conçu sans réticences et même dans un esprit de sévérité. « Ne pourront en quelque façon que ce soit... », disait l'édit des secondes noccs auquel le Code a plutôt ajouté que retranché. « Les donations rémunératoires y sont sujettes aussi bien que les donations simples, quelque grands et signalés que soient les services, lorsque ce sont des services qui, par leur nature ou par la qualité de la personne qui les a rendus, ne sont pas appréciables à prix d'argent » (Pothier, n° 544). Evidemment si le donataire avait une action en justice pour se les faire payer, la libéralité ne serait réductible que pour ce qui excéderait le prix ; jusque-là elle n'est qu'une dation en paiement. De même les donations onéreuses sont réductibles si les charges imposées ne sont pas appréciables en argent et pour ce qui excède le prix des charges dans le cas contraire. L'arrêt précité du 23 mai 1586 déclarait sujettes à l'édit les donations mutuelles même égales et faites par des époux de même âge, quoique le résultat en put tourner au profit de chacun des contractants.

Et il n'y aurait pas lieu de distinguer entre les libéralités testamentaires et les donations entre-vifs (Besançon, 25 novembre 1904, *Pand. fr.*, 05.2.116). La restriction établie par le texte s'applique aussi bien aux libéralités faites par contrat de mariage que durant le mariage et même à celles résultant d'actes antérieurs au mariage, mais à la condition qu'il soit démontré que ces libéralités antérieures ont été faites en vue et en faveur de l'union ultérieurement contractée. C'est une question de fait que les tribunaux devront résoudre (*ibid.*). Pothier pensait que ces donations devaient être présumées faites en considération du mariage, à moins que les circonstances ne « résistent absolument à cette présomption », car il y aurait là un moyen d'éluder l'édit.

Ce qui caractérise le système de la loi, c'est que la réduction n'atteint pas seulement les donations résultant d'un acte solennel, mais tous les avantages indirects résultant d'un autre acte qui ne serait pas qualifié donation (art. 1099). Il a été jugé, par exemple, que l'assurance sur la vie contractée par un mari en faveur de sa femme constitue une stipulation pour autrui valable aux termes de l'article 1121, mais que si elle est constituée à titre purement gratuit elle est réductible dans les termes de l'article 1098 au profit des enfants du premier lit (Douai, 14 février 1887, D. 87.2.136).

Bien plus, les articles 1496 et 1527 déclarent sujets à réduction les avantages qui résultent de l'adoption du régime de la communauté ou des conventions matrimo-

niales. Ces conventions sont ordinairement considérées comme faites à titre onéreux : les avantages moraux et sociaux y jouent un rôle très important et peuvent compenser l'excédent de l'apport en numéraire fait par l'un des conjoints. Le législateur a pensé qu'elles pourraient léser considérablement les intérêts des enfants du premier lit.

Si les époux adoptent le régime de la communauté ou se marient sans contrat, leur mobilier et leurs dettes tombent en communauté, il y a donc avantage pour celui qui a le moins de biens meubles et pour celui qui a le plus de dettes. L'article 1496 vise spécialement cette confusion du mobilier et des dettes. Quel est l'avantage résultant de la confusion du mobilier ? Pothier donne les solutions suivantes : si la femme remariée apporte un mobilier supérieur à celui de son mari, l'avantage au profit de ce dernier est de la moitié de la différence de leurs apports en meubles si les enfants acceptent la communauté, et de toute la différence s'ils y renoncent. Si c'est le mari remarié qui apporte un mobilier supérieur, l'avantage au profit de la femme est de la moitié de la différence si elle accepte la communauté, il est nul si elle y renonce. C'est ce que l'on obtient en se plaçant dans l'hypothèse où l'actif de la communauté est à sa dissolution au moins égal à la différence des apports mobiliers. Mais il peut être inférieur, alors si c'est la femme binube qui a apporté un mobilier plus important et qu'elle accepte la communauté, l'avantage sera pour le mari, outre

de la moitié de l'actif commun, de la différence entre cet actif et la différence des apports. Soit 10.000 l'excès du mobilier de la femme binube sur celui du mari. Si à la dissolution de la communauté l'actif était égal ou supérieur à 10.000, l'avantage pour le mari serait de la moitié, soit 5.000. Mais l'actif de la communauté est réduit à 8.000, la femme ne reprend plus que 4.000 ; or la différence des apports était de 10.000 ; le mari profite donc de $10.000 - 4.000 = 6.000$.

Au contraire, l'avantage fait à la femme ne pourra jamais dépasser la moitié de la différence des apports : si l'actif est égal ou supérieur à l'excès des apports du mari sur ceux de la femme, l'avantage fait à cette dernière qui accepte sera de la moitié de la différence des apports. Si cet actif est inférieur à la différence des apports, l'avantage ne sera jamais que de la moitié de l'actif qu'elle prendra dans la communauté ; car si le mari s'était réservé la différence des apports en propres, l'article 1472 ne lui permettrait pas de prendre ses reprises sur le patrimoine de la femme, mais uniquement sur les biens de la communauté. Le même article permettrait au contraire à la femme d'exercer ses reprises même sur le patrimoine du mari. Le mari est donc moins bien traité que la femme puisque l'on suppose qu'il a profité de la différence entre l'excès des apports et ce qui reste d'actif à la communauté, alors que peut-être cette différence est passée en frais de ménage. Mais si on l'autorisait à faire cette preuve, on se heurterait dans la pratique à des difficultés insurmontables.

Notons que les termes de l'article 1496 sont assez larges pour comprendre les avantages résultant de la confusion du mobilier existant au moment du mariage et ceux résultant d'une succession mobilière tombant en communauté pendant le mariage ; il n'y a pas lieu de distinguer. On en décidait autrement dans l'ancien droit (Bretonnier sur Henrys, t. I, l. 4, p. 58). Naturellement les dettes afférentes à ces apports doivent en être défalquées pour établir l'avantage obtenu.

En ce qui concerne les avantages indirects provenant de la confusion des dettes, on fait d'abord le partage de la communauté comme s'il n'y avait pas lieu à réduction. On suppose ensuite que la différence entre les dettes de l'époux binube et les dettes du nouvel époux a été exclue de la communauté, et l'on fait une nouvelle liquidation en faisant le rapport fictif de cette différence. La comparaison entre les deux liquidations donne le chiffre de l'avantage. Soit 10.000 l'actif commun, 5.000 l'excédent des dettes du nouvel époux sur celles du conjoint binube et qui a été payé pendant le mariage. Si l'on partage l'actif commun, sans tenir compte de cette différence des dettes, chacun prendra 5.000. Mais si l'on fait le rapport fictif des 5.000 de l'excédent, l'actif égalera 15.000, soit pour chacun 7.500. L'avantage fait au second époux est de $7.500 - 5.000 = 2.500$. Ici la femme ne serait pas mieux traitée que le mari, car elle est placée sur le même pied en matière de rapport (art. 1469).

Mais ne sont pas comprises dans l'article 1496 les det-

tes contractées pour les besoins du ménage par le mari ou par la femme autorisée. Il dépendrait alors du mari remarié d'engager sa femme à contracter de pareilles dettes, et parce qu'elles auraient été payées par la communauté, qui, entre parenthèses, a été spécialement établie pour les supporter, les enfants du premier lit soutiendraient qu'il a été fait à leur marâtre un avantage égal à la moitié de ces dettes, ce qui est insoutenable.

Encore l'article 1527 soustrait expressément à la réduction : en ne les considérant pas comme des avantages, « les simples bénéfices résultant des travaux communs et des économies faites sur les revenus respectifs, quoique inégaux, des deux époux ». Il ne faut pas entendre par là que l'attribution de la totalité des bénéfices au nouvel époux n'est pas un avantage soumis à l'article 1098, mais que le partage égal des bénéfices ne doit pas être considéré comme un avantage sujet à réduction, bien que les époux y aient contribué par une collaboration inégale ou des revenus inégaux. C'est la tradition bien marquée par Ricard et Pothier ; du reste les mots « quoique inégaux » seraient superflus avec la première interprétation. Le législateur a voulu que chacun des époux fût intéressé à faire des économies, sans cela ils auraient dépensé tous leurs revenus et les enfants du premier lit auraient été encore plus désavantagés.

L'article 1527 a surtout pour but de déclarer réductibles à la quotité de l'article 1098 les avantages résultant des clauses qui peuvent accompagner la communauté

conventionnelle. Il était nécessaire de le dire, car on déduisait le contraire de l'article 1516 pour le préciput et de l'article 1525 pour l'attribution de la totalité de la communauté au survivant. Evidemment l'article 1496 sera également applicable au cas de communauté conventionnelle en tant que de besoin, car il peut s'en suivre confusion du mobilier et des dettes. Il n'y a pas lieu de passer en revue toutes les clauses d'où peut résulter un avantage : ce peut être l'établissement de la communauté universelle, un préciput, l'attribution d'une part inégale dans la communauté ou encore un ameublissement. On remarquera que l'intention libérale n'est nullement nécessaire : « toute convention qui tendrait dans ces effets... » dit l'article. Par conséquent le résultat seul est à considérer. Il faudrait d'ailleurs, pour savoir s'il y a vraiment gain pour le second époux, combiner les diverses clauses, compenser le profit que telle d'entre elles lui a procuré avec la perte que telle autre lui aura fait éprouver. On doit nécessairement attendre la dissolution de la communauté pour pouvoir tenir compte de tous les biens qui y sont tombés du chef de chaque époux et la renonciation ou l'acceptation par la femme ou ses héritiers sera un élément important du calcul.

D. — *A quelle part d'enfant sont réductibles les donations faites aux second et ultérieurs maris ou aux seconde et ultérieures femmes.* — L'un des enfants a pu être gratifié d'une donation faite par préciput ou d'un legs : il recevra donc une part plus grande que ses frères dans la

succession de son parent remarié. Ce n'est pas sur cette part qu'il faut calculer la quotité disponible en faveur du second conjoint, mais sur celle de celui des enfants qui prendra le moins.

Il peut se faire que l'un des enfants, ayant reçu une somme au-dessous de la part qui lui revient légalement, s'en contente, la part du nouvel époux devra-t-elle être réduite à cette somme ? Non, l'époux donataire ne peut avoir moins que la part légale du moins prenant. C'était la jurisprudence déjà attestée par Ricard : il serait, en effet, trop facile à cet enfant de s'entendre avec ses frères pour frustrer le second époux.

Si un ou plusieurs enfants sont décédés, laissant des petits-enfants au donateur, le partage de la succession se fait par souches et dans chaque souche par tête entre les petits-enfants. La quotité disponible en faveur du conjoint doit se mesurer sur la part de la souche qui a la moindre part. Elle ne saurait même être réduite à la part d'un petit-fils — à l'encontre de ce qui se passait dans l'ancien droit — lorsque l'époux binube n'a laissé que des petits-enfants d'une même souche, car, d'après l'article 913, § 3, *in fine*, les petits-enfants « ne sont comptés que pour l'enfant qu'ils représentent dans la succession du disposant ». S'ils sont comptés pour une tête pour la détermination de la réserve, il doit en être de même dans le cas de l'article 1098. Cependant, dans ce cas, la part de la souche étant supérieure au quart, la part du second époux devra être réduite à cette quotité.

Mais les enfants communs comptent-ils dans le calcul ?

D'après Proudhon (*De l'usufruit*, t. I, p. 423), puisque la quotité spéciale est établie uniquement en faveur des enfants du premier lit, ils doivent seuls être comptés. Cette opinion arriverait à faire constituer deux masses, l'une d'après notre article, l'autre d'après l'article 1094. Le disponible de ce dernier article étant plus élevé que celui du premier, on aboutirait à donner aux enfants du premier lit une portion plus forte qu'aux enfants communs, contrairement au principe de l'égalité dans les successions inscrit dans l'article 745. Aussi ne doit-on pas distinguer entre les enfants du premier ou du second lit. Mais on ne doit pas compter les renonçants et les indignes ; et ici il ne peut y avoir de doute, car fixer le disponible à une part d'enfant, c'est supposer que les enfants prennent part. La présence d'un enfant illégitime aurait pour effet de diminuer la part des enfants légitimes et par conséquent celle du conjoint. Il conviendrait de distraire de la masse ce qui revient à l'enfant naturel ainsi que les libéralités préciputaires faites aux enfants avantagés avant de procéder à l'apportionnement.

Une fois le nombre des enfants déterminé, on y ajoute le conjoint et l'on divise la masse successorale par le chiffre ainsi obtenu. Si la part trouvée excède en valeur le quart de la succession, elle doit être réduite à ce quart qu'elle ne peut jamais dépasser suivant la disposition nouvelle qui a renforcé l'édit des secondes noces. La

quotité disponible en faveur du second conjoint sera donc d'un quart lorsque le disposant laissera un, deux ou trois enfants ; d'un cinquième lorsqu'il y en aura quatre (Rouen, 20 juin 1857, D. 58.2.94) ; d'un sixième lorsqu'il y en aura cinq, etc.

E. — *Quels enfants peuvent demander le retranchement ?*

— Les donations qui dépassent les limites fixées par l'article 1098 ne sont pas nulles, mais simplement réducibles dans les termes de cet article et la loi accorde une action en réduction qu'elle appelle, dans l'article 1496, « action en retranchement », expression usitée par les anciens auteurs.

Cette action compète naturellement aux enfants du premier lit puisque c'est dans leur intérêt que la loi rend indisponible à leur égard une partie de la succession de leur parent binube. L'article 1496 le dit en propres termes. Mais le droit de l'exercer ne s'ouvre pour eux qu'au décès de leur auteur (art. 920). Jusque-là ils n'ont qu'un droit éventuel qui ne leur permet même pas de prendre des mesures conservatoires. Cependant au cas où la communauté est dissoute par le divorce ou la séparation de biens, quoiqu'il n'y ait lieu encore à aucune action en réduction, on leur a reconnu le droit d'intervenir dans la liquidation pour la conservation de leurs droits (Cass., 2 mai 1885, D. 85.1.193). Du reste la réserve étant aujourd'hui *pars hereditatis*, les enfants doivent se porter héritiers pour avoir le droit d'intenter l'action ; ils ne l'ont pas en leur seule qualité d'enfants mais d'héritiers

réservataires (Req., 20 avril 1880, D. 80.1.428). Il en était autrement dans l'ancien droit (arrêt du 4 juillet 1606 cité par Ricard, n° 1301 ; Renusson, *Traité de la communauté*, n° 80 ; Pothier, n° 568). Les dispositions de l'article 1098 étant d'ordre public (Orléans, 2 juillet 1891, D. 93.2.38), ces enfants ne pourraient pas valablement s'engager du vivant de leur auteur à ne pas porter atteinte aux donations qui attaqueraient leur réserve ; il y aurait là un moyen de tourner la prohibition. Naturellement ils peuvent renoncer au bénéfice de l'article 1098, après la mort de leur parent, car il est permis de renoncer à un droit acquis. Si ces enfants mouraient après avoir survécu un instant à leur parent remarié, l'action passerait à leurs héritiers. On ne pourrait refuser à leurs créanciers l'exercice de cette action pécuniaire qu'ils ont le droit d'exercer en vertu de l'article 1167.

Nous avons vu que les enfants adoptifs n'étaient pas des enfants du premier lit et l'action ne peut leur compéter en cette qualité. De même l'enfant naturel ne peut se prévaloir de l'article 1098.

On discute s'il y a lieu d'accorder l'action aux enfants communs. Dans la rigueur extrême du droit on remarque qu'elle n'a pas été établie dans leur intérêt et que l'article 1496 dit seulement : « les enfants du premier lit de l'autre époux auront l'action en retranchement ». Si ces enfants renoncent ou restent dans l'inaction, on ne doit donc pas l'accorder aux enfants du second lit, sauf le cas de fraude ou de collusion (Marcadé, sur l'arti-

cle 1098). Cependant Pothier nous dit que la jurisprudence coutumière était en sens contraire, car tous les enfants indistinctement ont des droits égaux dans la succession du parent remarié. Dès lors, s'il est évident qu'en l'absence d'enfants du premier lit il n'y aurait pas lieu à réduction, il n'est pas moins vrai que, si quelqu'un de ces enfants a survécu, le droit s'est ouvert en sa personne et ses frères utérins ou consanguins ont qualité pour l'exercer alors que lui-même n'y recourrait pas. La majorité des auteurs s'est rangé à cette opinion, car le Code n'a pas manifesté l'intention de rien changer sur ce point.

Mais les autres donataires et légataires n'auraient pas l'action en retranchement, car ils ne sont pas réservataires. L'époux donateur lui-même l'intenterait en vain : la réserve n'a pas été instituée à son profit, mais à celui de ses héritiers. Ses créanciers *a fortiori* ne pourraient l'introduire en son nom puisqu'il ne l'a pas (art. 921). Cependant il faut remarquer que si la succession a été acceptée purement et simplement, les créanciers de la succession deviennent créanciers personnels de l'héritier et à ce titre exercent ses actions.

F. — *Quelles actions ont les enfants pour demander le retranchement et comment y procède-t-on ?* — Il s'agit d'abord de déterminer la quotité disponible en faveur du second conjoint et pour cela d'établir la masse successorale d'après les règles qui régissent la réserve. On fait donc l'estimation des biens existant dans la succes-

sion, et on en déduit les dettes. Puis on y réunit fictivement les avantages entre-vifs faits au nouvel époux ainsi que les donations faites à un successible en avancement d'hoirie (1), à condition toutefois que ces donations n'aient pas été faites par préciput et hors part, car le conjoint ne peut prendre qu'une part d'enfant le moins prenant, ce qui implique que la libéralité préciputaire faite à l'un des enfants doit être distraite de la masse avant d'opérer le calcul de cette part. Doivent également être distraites de la masse les donations faites à un étranger.

Une fois la masse ainsi établie, une simple division, telle que nous l'avons indiqué plus haut, donnera la part d'enfant. S'il y a eu donation entre les époux de biens présents, on devra en faire l'estimation pour connaître exactement de combien leur valeur dépasse la quotité disponible. Mais cette estimation devra être faite « d'après leur état à l'époque des donations et leur valeur au décès du donateur » (art. 922). C'est-à-dire que l'on devra rechercher la valeur des biens donnés à l'époque

(1) On ne saurait dénier au second conjoint le droit de demander le rapport fictif des donations non préciputaires faites à un successible sous prétexte que le conjoint n'étant pas réservataire n'a pas le droit de demander le rapport (art. 921), car si l'on n'en tenait pas compte dans le calcul, il n'obtiendrait pas la part d'enfant à laquelle il a droit (Troplong, t. II, n° 2710 ; Laurent, t. XV, n° 401 ; Paris 20 février 1809). Mais ce rapport n'étant que fictif, il peut arriver, qu'en fait il ne reste pas assez de biens dans la succession pour remplir le conjoint de sa donation de part d'enfant ; il devra se contenter de ce qui restera.

du décès du testateur — c'est cette valeur qui se trouve en moins dans la succession — sans tenir compte des détériorations ou améliorations qui sont le fait des donateurs. Mais on doit tenir compte des améliorations ou détériorations qui ont une cause naturelle et qui se seraient produites même si le bien était resté entre les mains du donateur. Par exemple, selon Pothier, si les terres qui dépendent de l'héritage ont été ensablées par une inondation, ou inversement si la donation était d' « une maison dans une petite ville, qui ne valait que trois mille livres lors de la donation, laquelle, au moyen des manufactures qui s'y sont établies et qui ont fait augmenter les loyers des maisons, se trouve être de la valeur de cinq mille livres au temps de la mort de la donatrice ».

Mais la donation faite au second conjoint peut être en usufruit et l'on demande à quelle quotité elle doit être réduite, car la part fixée par l'article 1098 est une part en pleine propriété. La donation ne devrait-elle pas être réduite à l'usufruit de cette part ? Il y a un arrêt dans ce sens : Caen, 10 décembre 1859 (S. 60.2.615). Ne faudrait-il pas au contraire appliquer à ce cas par analogie ce que dit l'article 1094 : un quart en propriété et un quart en usufruit ou la moitié en usufruit seulement ? Cette prétention était soutenue devant la Cour de cassation qui, par un arrêt du 30 mai 1905 (S. 1907.1.125), a rejeté cette doctrine pour confirmer une jurisprudence à peu près constante et l'opinion de la majorité des auteurs. L'article 917, dit-on, quoique inapplicable dans le

cas spécial de l'article 1094, qui se suffit à lui-même (Cass., 10 mars 1873, S. 74.1.17), a une portée générale. Il a pour objet de prévenir les difficultés d'évaluation auxquelles donneraient lieu la recherche du rapport existant entre la valeur d'une libéralité en usufruit et le montant de la quotité disponible. Il s'applique à l'article 1098. Donc « les héritiers à réserve auront l'option ou d'exécuter cette disposition (celle en usufruit) ou de faire l'abandon de la quotité disponible ». Et si l'on objecte que c'est aller contre la volonté du testateur, qui probablement a voulu conserver les biens dans la famille, on répondra que l'inconvénient est le même dans tous les cas où le donateur a disposé en usufruit ; la loi le veut ainsi.

Notons encore que la donation faite au second époux peut être sujette à réduction alors même que son chiffre ne dépasserait pas la valeur d'une part d'enfant ni le quart de la succession ; c'est lorsque le donateur, outre la libéralité faite à son conjoint, a gratifié des donataires étrangers. On ne peut cumuler le disponible ordinaire et celui en faveur du conjoint. Le premier sera presque toujours supérieur au second, car il ne peut descendre au-dessous du quart de la succession qui est la quotité la plus élevée à laquelle le second puisse s'élever. Dans un cas, lorsque le donateur aura laissé trois enfants, ils seront égaux. On peut donc dire que la loi permet à l'époux binube de gratifier son conjoint sur le disponible ordinaire, mais qu'elle fixe en général à ces donations une limite maxima moins élevée. Si donc l'époux dona-

teur a, avant de gratifier son conjoint, épuisé le disponible ordinaire, il ne pourra plus rien lui donner. Si ce disponible n'est pas complètement épuisé, il pourra faire à son époux une donation de ce qui lui reste, mais pas davantage, ce qui peut très bien ne plus équivaloir à une part d'enfant. Enfin, si dans son testament l'époux remarié a fait des legs au profit de son conjoint et d'étrangers et si ces dispositions dépassent le disponible ordinaire, tous ces legs seront réduits au marc le franc. Il faudra auparavant réduire la donation du second époux à une part d'enfant, car le testateur ne peut lui donner davantage, et même dans ce cas il ne peut plus la lui donner puisqu'il a fait d'autres libéralités et parce qu'il a dépassé le disponible ordinaire, toutes doivent être réduites proportionnellement.

Enfin il est avéré que la donation faite au second époux dépasse le disponible, et parce que ce donataire ne peut ou ne veut pas procéder à un arrangement, les enfants que nous avons indiqués ci-dessus sont obligés de recourir à l'action en retranchement. « Cette action, dit Pothier, est personnelle réelle », parce que, après avoir poursuivi la résolution de la donation pour ce qui excède le disponible, la revendication est ouverte même contre les tiers à qui le second conjoint a pu aliéner l'immeuble. On devra donc avant tout et nécessairement agir contre le second époux, dont les biens doivent être discutés (art. 930). Il se peut donc que, quoique la réduction s'opère en nature, les héritiers n'obtiennent qu'une somme d'argent équi-

valente si leur parâtre ou marâtre sont solvables et qu'ils aient aliéné l'immeuble donné. D'autre part on n'applique pas d'une façon absolue l'idée de résolution, car le donataire serait censé n'avoir jamais été propriétaire : l'article 928 dispose qu'il ne devra les fruits de ce qui excédera la portion disponible qu'à compter du jour du décès du donateur, si la demande en réduction a été faite dans l'année : sinon du jour de la demande. Il va sans dire que les droits réels consentis par le donataire sur l'immeuble à des tiers sont résolus comme son droit de propriété (art. 929).

S'il s'agit d'objets mobiliers, on devra en rester là, de sorte que si le donataire les a aliénés et s'il est insolvable l'action en réduction sera parfaitement inutile. Mais s'il s'agit d'un immeuble, l'article 930 permet aux héritiers, après avoir discuté les biens du donataire et constaté qu'il était insolvable, d'intenter l'action contre les tiers détenteurs. Ceux-ci pourront l'éviter en payant la somme que le donataire a été condamné à payer. Lorsqu'ils sont obligés de rendre l'immeuble, la majorité de la doctrine (Planiol, t. III, n° 3122) prétend qu'ils devraient être traités en ce qui concerne la restitution des fruits de la même façon que le donataire. Nous n'apercevons pas pourquoi ils ne seraient pas traités comme des possesseurs de bonne foi. C'était l'avis de Pothier : « Ils ne sont tenus, disait-il, des fruits de la portion dont on demande le retranchement, que depuis la demande donnée contre eux » (n° 588).

G. — *Comment se partagent les biens retranchés ?* — Entre tous les enfants par parts égales (art. 745). Doit-on admettre le conjoint à ce partage ? La question est discutée depuis très longtemps. Ricard s'appuyait sur les termes de la constitution *Hac edictali* et la nouvelle 22 qui avaient inspiré l'édit et semblaient bien dire que la réduction devait être partagée entre les enfants seuls. Renusson était d'un avis contraire car si l'on n'admet pas le conjoint à y participer, il obtiendra moins que la portion d'enfant qui lui est attribuée. La doctrine moderne paraît être en ce sens.

D'une sanction plus sévère que l'édit des secondes noces a rencontrée dans le droit commun. — Nous voulons parler de celle de l'article 1099, dont les prescriptions atteignent tout aussi bien l'article 1094 que l'article 1098, c'est-à-dire toutes les libéralités entre époux. Il est ainsi conçu : « Les époux ne pourront se donner indirectement au delà de ce qui leur est permis par les dispositions ci-dessus. Toute donation ou déguisée ou faite à personnes interposées sera nulle. » Il s'occupe donc de deux sortes de donations : 1° les donations indirectes qui sont celles qui, faites autrement que par un acte solennel de donation, présentent ostensiblement le caractère de libéralités : suppression d'une créance, remise d'une somme d'argent, renonciation à une succession lucrative dans l'unique but de faire accroître la part du renonçant à celle d'un cohéritier, etc. ; 2° les donations déguisées ou faites à personnes interpo-

sées, c'est-à-dire qui ont été dissimulées sous un acte à titre onéreux ou faites à une autre personne qui doit en faire passer le bénéfice à l'époux. Mais si l'on est d'accord sur cette distinction, on ne l'est plus du tout sur le traitement que l'article 1099 leur applique. Pour les libéralités indirectes pas de difficultés : elles sont réductibles dans les termes de l'article 1098 ; mais les donations déguisées ou faites à personnes interposées sont-elles dans le même cas ? C'est l'avis de la jurisprudence belge (Cass. belge, 29 décembre 1865, *Belg. jud.*, 1866, p. 36). En France il y a eu quelques arrêts en ce sens et c'est l'opinion de Duranton (t. IX, n° 831), Mourlon (*Rép. écrit.*, t. II, p. 45), Planiol (t. III, n° 3252). Cependant la jurisprudence française et la majorité de la doctrine ont suivi une autre voie. « La loi, dit Marcadé sur l'article 1099, a souverainement redouté l'influence des époux l'un sur l'autre, elle a pensé que la simulation de l'acte onéreux et l'interposition des personnes, qui sont les moyens de fraude les plus ordinaires, ne manqueraient pas d'être employés souvent et largement entre époux, et pour en enlever toute idée à ces époux et les en détourner avec plus d'efficacité, elle a énergiquement déclaré que la donation dans ce cas resterait sans aucun effet. » C'est la doctrine qu'ont professée, outre Marcadé, Toullier (t. III, n° 901), Delvincourt (t. II, p. 60), Laurent (t. XV, n° 404) ; c'est l'opinion de la Cour de cassation depuis 1831 (Cass., 30 novembre 1831, 11 novembre 1884, D. 31.1.371 ; 35.1.18). Ses partisans en voient déjà l'ori-

gine dans le droit romain. Ses adversaires répondent qu'on ne voit rien de tel dans l'ancien droit ni dans les travaux préparatoires, qu'il ne faut pas scinder les deux alinéas de l'article 1099, car le second sanctionne le premier. Nous croyons cependant que les termes de ce dernier alinéa sont beaucoup trop positifs pour comporter un simple droit de réduction. « Dire qu'une libéralité est nulle, écrit Laurent, c'est dire qu'elle ne produit aucun effet. »

La jurisprudence apporte d'ailleurs un tempérament à cette nullité qui n'est pas absolue. Un arrêt de la chambre des requêtes du 7 février 1849 (D. 49.1.71) a déclaré que, dans la pensée de la Cour, l'article 1099 ne doit recevoir son application que dans le cas où la donation déguisée ou à personne interposée est en même temps excessive. Pour qu'une pareille donation soit annulée, il faut donc deux choses : qu'elle ait été faite sous le couvert d'un acte onéreux ou à personne interposée et qu'elle dépasse la quotité disponible.

Cependant dans un cas la donation déguisée ou à personne interposée n'a pas besoin d'être excessive pour être annulée, c'est lorsque la donation est faite pendant le mariage. Ici la jurisprudence se sert de l'article 1096 qui consacre le principe de la révocabilité des donations entre époux : *Fas esse eum quidem qui donavit poenitere* (Req., 16 avril 1805, D. 50.1.152). Et de pareilles donations sont faites en fraude de ce principe.

Du reste la jurisprudence est d'avis que la sanction de

l'article 1099, plus ou moins énergique suivant que la donation est indirecte ou déguisée, n'est faite que pour sauvegarder la réserve et n'a donc trait qu'aux libéralités qui dépassent la réserve, par conséquent l'action ne compète qu'aux réservataires et institués contractuels (Cass., 22 juillet 1884, D. 85.1.164), elle est subordonnée au décès du donateur.

Au surplus le déguisement peut s'établir par toutes sortes de preuves, même par des présomptions, pourvu qu'elles soient graves, précises et concordantes (art. 1353) (Agen, 15 janvier 1846, D. 49. 5.120; Rouen, 15 février 1854, D. 54.2.266) et l'action en nullité n'est, de même que l'action en réduction, prescrite que par trente ans.

Reste à déterminer quelles sont les personnes interposées. L'édit faisait une distinction entre certains parents du mari qui seraient présumés interposés et les autres personnes qui ne seraient frappées « qu'autant que les enfants qui les attaqueraient, établiraient par des preuves ou par des présomptions assez fortes pour équipoller à des preuves, que ces personnes ont été interposées par le second mari pour recevoir à sa place la donation et la lui faire passer » (Pothier, n° 542). Notre article 1100 a conservé cette distinction : en général les réservataires devront prouver par témoins ou par présomption que la personne est interposée, mais « seront réputées faites à personnes interposées, les donations de l'un des époux aux enfants ou à l'un des enfants de l'autre époux, issus

d'un autre mariage, et celles faites par le donateur aux parents dont l'autre époux sera héritier présomptif au jour de la donation, encore que ce dernier n'ait point survécu à son parent donataire ». Ce sont limitativement les enfants d'un précédent mariage du nouvel époux qui sont frappés par la prohibition ; les enfants communs ont par eux-mêmes une qualité qui peut leur faire mériter l'affection de leur mère. Et par enfants issus d'un autre mariage il faut entendre les petits-enfants et toute la ligne descendante. Cependant la présomption légale tomberait si par la nature de la disposition le second époux n'en pouvait profiter, par exemple si un legs était fait à l'enfant de l'incapable et que le testament en ait rapporté l'ouverture au décès du père (Caen, 13 novembre 1847, D. 49.1.71). L'enfant adoptif non plus que l'enfant naturel ne sont issus d'un autre mariage.

Quant aux parents dont l'époux est l'héritier présomptif, c'est au moment de la confection de l'acte que l'on doit se placer pour savoir s'il en est réellement héritier présomptif ; peu importe qu'il le devienne par la suite. Par conséquent les aïeuls ne sont pas de plein droit présumés interposés lorsque le père ou la mère de l'époux existent encore.

Cette présomption de la loi est irréfragable puisque sur le fondement de cette présomption la loi annule la donation (art. 1352). Mais pourquoi n'admettrait-on pas l'aveu et le serment ?

Observations. — Nous avons dit qu'aux yeux de cer-

tains la législation des secondes noccs commençait à paraître surannée. On lui reproche de déroger à quelques principes de notre droit et d'établir une quotité disponible qui ne correspond pas à la quotité ordinaire. Ce sont des vérités simples : si l'on restreint la quotité disponible, on restreint par cela même la liberté de disposer, par cela même la nouvelle quotité ne correspond plus à la quotité ordinaire. Que cela complique les liquidations, c'est encore évident. Mais ce qu'il faut prouver, c'est que le principe d'où dérivent nécessairement ces dérogations et complications n'est pas légitime. Nous ne croyons pas qu'on l'ait fait. Il paraît, au contraire, que le législateur a les motifs les plus certains de se méfier du second époux. Celui-ci n'a pas d'affection naturelle pour les enfants de l'autre lit de son conjoint binube, il a toutes sortes de raisons pour les haïr. Rien ne l'empêchera d'user de son influence sur une nature faible ou aveuglée par la passion pour les faire dépouiller à son profit. D'autre part il est équitable que les propres enfants d'une personne prennent dans sa succession une part aussi forte que son conjoint. Il n'y a pas trop d'inconvénients à permettre le contraire jusqu'à un certain point lorsque les enfants sont des enfants communs. On y trouve l'avantage de laisser l'époux survivant continuer le train de vie auquel il est habitué, et comme les enfants communs sont également les siens, outre que les biens qui lui ont été donnés leur reviendront à sa mort, il devra pendant sa vie, par affection paternelle et obligation légale, leur

fournir l'éducation et l'entretien tant qu'ils seront jeunes et, plus tard, sera tenu d'une obligation alimentaire si, par suite d'infirmités, ils tombent dans le besoin. Mais à la mort de leur parent binube les enfants d'un autre lit n'ont plus aucune relation avec leur parâtre ou marâtre, ils n'hériteront pas de lui et n'en recevront de secours que ce que son affection lui conseillera de leur donner. L'expérience des siècles nous renseigne sur cette affection ! Si donc il était permis à l'époux remarié de donner à son second conjoint le disponible de droit commun qui ne saurait être inférieur à un quart, pour peu que les enfants qui se partageraient le reste soient un peu nombreux, on pourrait voir un conjoint survivant habile et sans vergogne vivre dans l'abondance alors que les propres enfants du défunt vivraient dans la gêne et peut-être manqueraient de pain.

Si l'on objecte que le second conjoint est moins bien traité qu'un étranger, cela n'a de bizarre que l'apparence. Un étranger n'est pas à craindre : quelque affection que l'on ait pour lui, elle ne saurait dépasser celle que l'on porte à ses propres enfants. Penser autrement c'est aller contre la nature. Au contraire, il est assez difficile, même pour une tête solide, de tenir dans une juste balance l'amour conjugal et l'amour paternel.

Toutefois cette limitation au quart ne paraît pas complètement justifiée. Sans doute les articles 913, 1094 et 1098 faisaient partie du même projet, mais dans les discussions article par article on se préoccupa fort peu de

les conserver en harmonie. L'article 1098 portait dans le projet original que l'époux binube ne pourrait « donner à son nouvel époux qu'une part d'enfant légitime le moins prenant et *en usufruit seulement*. » Probablement quelques-uns de ses rédacteurs étaient fortement imbus de la vieille idée de la conservation des biens dans les familles. C'était, sous une forme moins décriée que la substitution, faire passer dans la loi le second chef de l'édit des secondes nocces. Cependant cela parut trop dur, et, dans la séance du Conseil d'Etat du 27 ventôse an XI (1), sur l'observation de Regnault de Saint-Jeand'Angély que la législation existante serait changée, Cambacérès demanda que la libéralité pût être faite en pleine propriété. Alors, rapporte le procès-verbal, « M. Berlier observe qu'en accordant au nouvel époux de recevoir une part d'enfant, même en pleine propriété, ce qui est raisonnable, il est peut-être convenable de modifier cette règle, car s'il n'y avait qu'un ou deux enfants du premier mariage et point du second, le nouvel époux pourrait, en partageant avec eux, avoir la moitié ou le tiers de la succession. L'opinant pense qu'il serait juste d'établir à côté de la règle principale relative à la part d'enfant une exception portant qu'elle ne pourra pas, à l'égard du nouvel époux, excéder une quotité quelconque de la succession, par exemple le quart. » Les deux amendements furent votés et telle est l'origine de la limitation

(1) Fenet, XII, p. 417.

au quart que l'on ne s'explique guère à première vue. Les partisans de la suppression de l'article 1098 sont bien loin de ces idées. Mais, si elles ont perdu de leur force aujourd'hui, pourquoi ne pas revenir simplement aux dispositions de l'édit de François II ? C'était ce que proposait déjà le tribunal de Paris. « On a loué, faisait-il remarquer, la sagesse et l'équité de l'édit des secondes nocces, pris dans les lois romaines, en ce qu'ayant à mettre un frein à la passion la plus impérieuse de toutes, il lui a prescrit, ce semble, le tempérament le plus raisonnable, en égalant l'amour conjugal et l'amour paternel. » (Fenet, V, p. 268.) Ainsi le nouvel époux pourrait recevoir autant que l'étranger, et, pour que l'harmonie soit parfaite, on n'aurait, puisque l'on aime tant la simplicité, qu'à supprimer la limite minima du quart que l'article 913 donne à la quotité disponible. Ne semble-t-il pas, en effet, de toute justice qu'un père ne puisse en aucun cas donner à un étranger plus qu'il ne laisse à chacun de ses enfants ? Et il lui resterait pourtant assez de pouvoir pour avantager l'un d'entre eux : ne pourrait-il pas lui donner une part double de celle de ses frères ? Mais, en l'absence d'enfants du premier lit, l'époux pourrait recevoir une quotité égale à celle de l'étranger sans jamais être inférieure à celle fixée par l'article 1094. Cette faveur serait très légitime puisque, en l'occurrence, elle présente de réels avantages et pas trop d'inconvénients.

CONCLUSION

On reprochera à notre étude son manque de symétrie : les proportions de certain chapitre y compriment les autres plus maigres des trois quarts. Elle nous paraît symboliser dans sa forme le sujet qui y est traité. Au début, une longue histoire qui pèse d'un grand poids sur l'esprit de l'étudiant, grâce au respect qu'il porte à la tradition et aux écrivains illustres qui nous ont légué leurs pensées ; ensuite, quelques décisions éparses dans nos Codes qui portent le cachet incontestable d'une sentimentalité hostile aux seconds mariages finissant de mourir au milieu de notre époque pratique ; enfin, la barrière élevée contre les entraînements de l'époux binube que chaque siècle n'a pas manqué de fortifier.

C'est ce qui reste de sentimentalité dans la loi que nous voudrions voir disparaître. Sans doute cette croyance en la pérennité de l'amour est vieille comme le cœur humain : l'homme habitué à tout voir dans ce monde sous les modalités d'espace et de temps, ne peut s'empêcher de tout regarder dans l'autre sous l'aspect de l'éternité. Nous aurions pu, en négligeant les vieux livres de l'Inde, aller chercher cette idée jusqu'à Sparte, où cependant la nécessité d'avoir des soldats prime tout, où le célibataire déconsidéré n'est pas admis aux danses des vierges spar-

tiales devant l'autel de Diane. Nous la retrouverions à Athènes, qui fut plus tard aussi ennemie du célibat que Lacédémone. Mais à quoi nous servirait d'écouter la voix d'or d'un Chrysostôme, d'entendre les poètes chanter Didon, fidèle au défunt Sichée jusqu'à la mort ? L'exemple de la tourterelle, souvent cité par saint Bernard et saint Ambroise, ne serait bon qu'à émouvoir des âmes sensibles retirées au fond d'un cloître ; le fameux tombeau élevé par Artémise à son mari Mausole n'est plus qu'une magnifique ruine au British Museum. Les législateurs peuvent avoir des opinions, la loi ne doit avoir en vue que l'intérêt du pays : le pays a besoin de bras. Non pas que nous désirions la mise en vigueur des lois caduques ou d'un impôt sur les gens qui ne vivent pas en état de mariage : rien ne servirait d'étouffer la liberté individuelle ; mais il faudrait que les veufs et les veuves n'eussent plus aucun intérêt à le rester. Que ce léger changement ne suffise pas pour mettre fin à la crise du mariage qui sévit chez nous depuis le milieu du siècle dernier, que d'un seul coup notre prolificité n'égale pas celle des peuples voisins, c'est certain ; mais si l'on peut alors incriminer les mœurs, on ne pourra plus soupçonner la loi.

Beaucoup de gens du reste ont fait leur deuil de notre supériorité numérique ; ils se flattent de penser que la décroissance de notre natalité n'est que le résultat d'une civilisation très avancée. Des symptômes alarmants commenceraient à se manifester même dans la robuste

Allemagne, nous aurions seulement, nous la plus vieille nation, ouvert la voie. Même alors il faudrait favoriser les seconds mariages. Tout le monde ne pratique pas la doctrine des pères : « Ah ! Amanda, disait une héroïne de Sheridan, c'est une chose délicieuse que d'être une jeune veuve » (1). Il paraît donc que dans ce siècle où les maris n'étaient pas bien gênants, on se félicitait encore d'en être complètement débarrassé. De ce côté du détroit, la marquise de Merteuil (*Liaisons dangereuses*) n'était peut-être pas un exemple unique. Voici ce que disait un traité de l'époque pieusement écrit pour l'édification des veuves : « Il est évident que la vie des veuves est plus difficile et se trouve exposée à de plus grandes tentations que celle des vierges. Car ayant vécu longtemps dans le mariage, elles ont plus de peine à garder la continence, que celles qui ont conservé leur première virginité : leurs passions n'étant pas accoutumées à être réprimées, se soulèvent avec impétuosité contre elles : n'ayant pas travaillé comme les vierges à châtier leurs corps et à les réduire en servitude, elles sentent presque toujours dans leurs membres une loi contraire à celle de leur esprit, et elles sont souvent tentées de boire de nouveau dans les sources qui n'ont pu les désaltérer, et qui n'ont quelquefois servi qu'à augmenter leur soif et leurs désirs (2). » On peut en dire autant des veufs : il est tout naturel que

(1) *A trip to Scarborough*, act. II, sc. I.

(2) *La vie des veuves ou les devoirs et les obligations des veuves chrétiennes*, Paris, 1736.

ne voulant plus se remarier ils éteignent leurs ardeurs encore vives dans les plaisirs illégitimes. Le commerce sexuel peut porter ses fruits ; quelques-uns iront alors jusqu'au crime, les autres subiront la venue du nouvel être humain comme un contre-temps peu banal, et l'enfant ne sera plus reçu à sa naissance comme un bienfait des dieux. Quelle éducation recevra-t-il ? Nous laissons aux moralistes le soin d'y penser.

Quant à la protection des enfants du premier lit on peut vouloir la conserver sans passer pour ennemi des secondes noces. La question d'argent n'est pas sans influence dans la conclusion des mariages. Néanmoins, si l'on nourrit l'ambition de jouir de la fortune de son futur conjoint, il est rare que la raison déterminante d'un mariage soit précisément la donation d'une part de cette fortune. Les unions basées sur un motif aussi peu désintéressé ne sont certainement pas souhaitables au point de vue social. Croit-on qu'un époux trop ami de ses intérêts remplira son devoir moral : la reproduction de l'espèce ? Des enfants ? Mais c'est la consommation assurée des revenus, ce sont des concurrents bien partagés dans la succession du conjoint. Qu'importe donc si la législation des secondes noces éloigne du mariage un égoïsme aussi effréné. Non, il n'est pas démontré que ces anti-ques dispositions soient contraires à l'intérêt général ; les nombreuses décisions de nos tribunaux impliquent qu'elles sont utiles dans beaucoup de cas. Il ne faudrait pas porter la pioche à la légère dans ce vieil édifice. On

devrait même le compléter : la situation des enfants d'époux divorcés — et qui ne s'améliore pas par les seconds mariages de leurs parents — est réglée avec beaucoup de bonne volonté par la jurisprudence ; cela ne suffit pas. Une loi est nécessaire qui, dépassant même les limites étroites de notre sujet, réglerait entièrement l'autorité paternelle à peu près oubliée par le Code. Les lois promulguées depuis 1870 correspondent bien aux préoccupations de notre temps ; elles ont paré au plus pressé. Il reste beaucoup à faire. L'Etat a le plus grand intérêt à ce que l'enfant soit traité convenablement dans la famille, qu'il y reçoive la formation nécessaire pour faire plus tard un bon citoyen. *Id autem est principium urbis et quasi seminarium reipublicae.*

Vu :

Le Président de la thèse,

CH. MASSIGLI,

Vu :

Le Doyen,

CH. LYON-CAEN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

L. LIARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	1
CHAPITRE I. — Historique.	
SECTION I. — <i>Droit romain</i>	7
SECTION II. — <i>Droit français</i>	17
CHAPITRE II. — Les restrictions.	
Délai de viduité.	31
De l'affinité.	40
De la réunion des époux divorcés.	41
De la condition de viduité	53
CHAPITRE III. — Les déchéances.	
Convol de la belle-mère	57
Déchéance qui frappe le conjoint de la victime d'un acci- dent du travail	61
Perte de la jouissance des droits d'auteur	62
Perte des avantages successoraux de l'article 767	66
Remarques sur le chapitre III.	70
CHAPITRE IV. — Protection des enfants du premier lit.	
Question de principe et quelques mots sur les législa- tions étrangères	75
SECTION I. — <i>La personne et les biens de l'enfant mineur du premier lit</i>	84
A. — Cas de décès.	84
B. — Cas de divorce	92
Etablissement des enfants du premier lit	97

SECTION II. — <i>Droit des enfants du premier lit dans la succession de leur parent remarié</i>	99
Quotité de l'usufruit légal de l'article 767	99
De l'article 1098.	101
D'une sanction plus sévère que l'édit des secondes noces a trouvé en droit moderne	126
Observations	130
CONCLUSION	135

Imp. J. Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne)
